



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

---

# **Memoria 2016**

---

## **TOMO I**

**LA SALA DE CONSULTA**

**CONFLICTOS DE COMPETENCIA**

**CONCEPTOS:**

**I. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN  
Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO**

**II. RAMA LEGISLATIVA**

**República de Colombia Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil  
Memoria 2016, Tomo I**

**Consejo de Estado**

Sala de Gobierno

**Danilo Rojas Betancourth**

Presidente

**Jorge Octavio Ramírez Ramírez**

Vicepresidente

**Roberto Serrato Valdés**

Presidente de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

**Sandra Lisset Ibarra Vélez**

Presidente de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

**Ramiro Pazos Guerrero**

Presidente de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

**Martha Teresa Briceño de Valencia**

Presidente de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

**Germán Alberto Bula Escobar**

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil

**Consejo de Estado**

**Germán Alberto Bula Escobar**

Presidente

**Alvaro Namén Vargas**

Consejero de Estado

**Edgar González López**

Consejero de Estado

**Oscar Darío Amaya Navas**

Consejero de Estado

**Edición de textos e índices**

María Angélica Pulido Barreto. Relatora de la Sala

**Diseño e Impresión**

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

ISSN 2346-1292

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

## PRESENTACIÓN

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) enlista en su artículo 3º los principios que deben gobernar las actuaciones administrativas, e incluye entre ellos el principio de transparencia. Bajo la misma égida y con miras a concretar tal principio, el numeral 11 del artículo 112 de la misma codificación dispone que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado debe presentar anualmente un informe público de labores.

La presente publicación además de constituir nuestro anual informe de actividades y dar cumplimiento a dicha exigencia, aspira también a convertirse en un mecanismo de divulgación y en un canal de diálogo directo y de doble vía con la sociedad civil, la academia, los funcionarios públicos, los abogados y los estudiosos de los asuntos públicos en general, quienes tienen, por esta vía, acceso a los conceptos y decisiones proferidos por la Sala.

Durante el pasado año 2016, en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado desarrollamos una intensa labor con miras a dar cabal cumplimiento a las tres funciones principales a nosotros encomendadas, esto es: la función consultiva, la resolución de conflictos de competencias entre autoridades administrativas del orden nacional y la redacción y revisión de textos normativos. Todo ello con miras a continuar aportando para garantizar la supremacía de la Constitución, el equilibrio de los poderes públicos, la sujeción de la Administración al principio de legalidad y la efectividad de los derechos reconocidos a los ciudadanos.

El presente informe está dividido en tres partes principales. En la primera parte se reseñan de manera general las actividades desarrolladas por la Sala durante el año, se enlistan las consultas formuladas por el Gobierno Nacional y se reseñan la totalidad de los conflictos de competencias administrativas resueltos. En ese primer tomo también se reseñan las confirmaciones de funcionarios públicos, los cambios en la conformación de la Sala, los talleres y actividades académicas organizados, así como las obras publicadas a instancias de la Corporación. Y finalmente, se presenta una muestra representativa de los conflictos de competencia resueltos durante el año 2016 que hemos considerado más significativos.

En los tomos segundo y tercero se compilan, con arreglo a un criterio temático, los conceptos emitidos por esta Sala en cumplimiento de su función consultiva, esto es, los conceptos emitidos por la Sala durante el 2016 cuya publicación fue autorizada por el Gobierno Nacional, así como los conceptos emitidos en años anteriores a los cuales se les levantó la reserva durante el año 2016. Dichos conceptos se publican con arreglo a la siguiente distribución temática: (i) Estructura, organización y funcionamiento del Estado; (ii) Rama legislativa; (iii) Asuntos electorales; (iv) Contratación estatal; (v) Entidades territoriales; (vi) Función pública y régimen prestacional y de seguridad social; (vii) Hacienda pública, bienes del Estado y tributos; y (viii) Otros asuntos.

Esperamos que este informe anual de actividades, al igual que los publicados en años anteriores, constituya un aporte útil que oriente la actividad futura de las entidades públicas y para fomentar el estudio, investigación y discusión de los temas que más interesan a la Administración Pública.

Finalmente, consideramos importante expresar públicamente nuestro agradecimiento a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y al Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), instituciones cuya generosa colaboración ha hecho posible la publicación de estas memorias desde hace ya varios años.

**ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ**

**Presidente**

**Sala de Consulta y Servicio Civil**

**Tabla de contenido**  
República de Colombia  
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO  
Memoria 2016

**TOMO I**

---

**PRESENTACIÓN**

**PRIMERA PARTE.**

<b>LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL AÑO 2016</b>	<b>17</b>
<b>I. COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2016 . . . . .</b>	<b>18</b>
<b>II. ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2016 . . . . .</b>	<b>19</b>
<b>1. CONSULTAS ABSUELTAS AL GOBIERNO NACIONAL . . . . .</b>	<b>19</b>
<b>2. CONFIRMACIONES . . . . .</b>	<b>25</b>
<b>3. PARTICIPACIÓN EN SESIONES . . . . .</b>	<b>26</b>
<b>4. Participación en la elaboración e implementación de textos normativos . . . . .</b>	<b>27</b>
4.1. Participación de la Sala de Consulta en la labor de codificación, actualización y compilación de la legislación sobre temas relacionados con el proceso electoral	27
4.2. Participación de la Sala de Consulta en el estudio del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante la cual se desarrollaba parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2015 (Reforma al Equilibrio de Poderes)	27
<b>5. Organización de actividades académicas y culturales . . . . .</b>	<b>27</b>
5.1. Talleres en materia de pensiones .	27
<b>6. Publicaciones . . . . .</b>	<b>28</b>
6.1. Memorias de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para el año 2015 (III Tomos)	28
<b>7. Definición de conflictos de competencias administrativas</b>	<b>28</b>
7.1. Conflictos en materia de familia	29

7.2. Conflictos en materia de pensiones	34
7.3. Conflictos en materia de investigaciones disciplinarias	59
7.4. Conflictos en otras materias	64

## SEGUNDA PARTE.

<b>SELECCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS DEL AÑO 2016</b>	<b>73</b>
1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) -y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Régimen especial de pensión para actividades de alto riesgo. Personal de custodia y seguridad del INPEC. <b>Radicado 2016-00048</b> .....	<b>75</b>
2. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Asunto: Designación del Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva <b>Radicado 2016-00045</b> .....	<b>94</b>
3. Comisaria de Familia de Girón, Santander y Defensoría de Familia Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Santander. Asunto: Proceso administrativo de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes. Pérdida de competencia por haber transcurrido más de cuatro meses desde que se inició el trámite sin que se haya proferido decisión definitiva. <b>Radicado 2016-00030</b> .....	<b>107</b>
4. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Régimen de transición en pensiones. Pensiones especiales por actividades de alto riesgo para la salud. Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes. <b>Radicado 2015-00206</b> .....	<b>126</b>
5. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- y Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Solicitud pensional de servidora pública afiliada a CAJANAL después del 1º de abril de 1994. <b>Radicado 2016-00041</b> .....	<b>154</b>
6. Contraloría General de Caldas y Contraloría General de la República. Asunto: Control fiscal sobre la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío COODESCA, conformada por aportes públicos de Empresas Sociales del Estado E.S.E. Hospitales de	

	los Departamentos de Caldas y Quindío y aportes privados. Su carácter de entidad descentralizada indirecta y su falta de vinculación a un Departamento.	
	<b>Radicado 2016-00039</b> .....	<b>169</b>
7.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)- y Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP-. Asunto: Régimen de transición. Régimen pensional de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público. Competencia cuando el afiliado consolidó su estatus pensional antes de la supresión de CAJANAL.	
	<b>Radicado 2016-00069</b> .....	<b>199</b>
8.	Defensoría de Familia del ICBF -Centro Zonal Zipaquirá, Regional Cundinamarca- y Juzgado Promiscuo Municipal de Tabío. Asunto: Proceso administrativo de restablecimiento de derechos de adolescentes. Competencia para decidir sobre la adoptabilidad de un niño o adolescente. Proceso de interdicción de adulto con aparente discapacidad mental.	
	<b>Radicado 2016-00006</b> .....	<b>214</b>
9.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP. Asunto: Autoridad competente para realizar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes causada con posterioridad al traslado masivo de Cajanal al ISS.	
	<b>Radicado 2016-00119</b> .....	<b>241</b>
10.	Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –FONPRECON-, Alcaldía Municipal de Cúcuta –Norte de Santander- y Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-. Asunto: Pensión de jubilación por aportes	
	<b>Radicado 2016-00103</b> .....	<b>251</b>
11.	Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Administrativa de Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección –UGPP-. Asunto: Pago de intereses de mora generados por el reajuste de una pensión de jubilación.	
	<b>Radicado 2016-00118</b> .....	<b>276</b>
12.	12. Gobernación del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Régimen de transición en pensiones. Requisitos para el reconocimiento de pensión por aportes, Ley 71 de 1988. Competencia para reconocer pensiones de las cajas y fondos de previsión territoriales y creación de los Fondos territoriales de Pensiones. Competencia de Colpensiones en los casos de liquidación de cajas o fondos territoriales.	
	<b>Radicado 2016-00126</b> .....	<b>295</b>

**TERCERA PARTE.**

<b>CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL PUBLICADOS EN EL AÑO 2016</b>	<b>311</b>
<b>I. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO</b> .....	<b>313</b>
1. Naturaleza jurídica del Museo Nacional Guillermo Valencia. Régimen jurídico de los contratos, recursos y personal. Estructura y organización administrativa. <b>Radicado 2072</b> .....	<b>315</b>
2. Medición del consumo. Efectos jurídicos. Competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos <b>Radicado 2236</b> .....	<b>325</b>
3. Revocatoria directa de actos de directores de entidades adscritas y vinculadas, por parte de ministros y directores de departamento administrativo. <b>Radicado 2266</b> .....	<b>367</b>
4. Alcance del artículo 8, numeral 8°, de la Ley 1437 de 2011. Regulación. <b>Radicado 2291</b> .....	<b>382</b>
5. Objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios. <b>Radicado 2101</b> .....	<b>433</b>
<b>II. RAMA LEGISLATIVA</b> .....	<b>455</b>
1. Proyecto de ley n.º 196 de 2011 – Cámara “Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Carácter general del proyecto. Ausencia de conflicto de intereses de los congresistas. <b>Radicado 2078</b> .....	<b>457</b>
2. Representantes a la Cámara. Inasistencia injustificada a sesiones. No causación de salarios y prestaciones por mandato legal. Procedimiento. Ley 5ª de 1992, artículo 271. <b>Radicado 2090 y 2094</b> .....	<b>465</b>
3. Refrendación de acuerdos de paz por el Congreso de la República. <b>Radicado 2323</b> .....	<b>477</b>



## TOMO II

---

PRESENTACIÓN.....	5
-------------------	---

### TERCERA PARTE

#### CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL PUBLICADOS EN EL 2016

III. CONTRATACIÓN ESTATAL .....	17
1. Contratos de exploración y explotación minera en “áreas de aporte”. Contrato n.º 078-88 suscrito entre Carbocol S. A. y Drummond Ltda. Prórroga. Fórmula para la liquidación de las regalías. <b>Radicado 2252</b> .....	19
2. Contratación directa. Dirección Nacional de Inteligencia. <b>Radicado 2268</b> .....	72
3. Interpretación y alcance de las inhabilidades, incompatibilidades y sanciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional en materia de contratación estatal, respecto de condenas, medidas e investigaciones en el exterior por actos de corrupción. <b>Radicado 2260</b> .....	97
4. Interpretación y alcance de las inhabilidades, incompatibilidades y sanciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional en materia de contratación estatal, respecto de condenas, medidas e investigaciones en el exterior por actos de corrupción. <b>Radicado 2264</b> .....	187
5. Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014. <b>Radicado 2263</b> .....	285
6. Puertos marítimos. Implantación del sistema de inspección no intrusiva de mercancía. Colaboración entre las autoridades de inspección y control aduanero y las sociedades portuarias. Régimen contractual. <b>Radicado 2086</b> .....	322

7.	Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé. Reiteración del Concepto n.º 1600 de 2004 sobre el agotamiento de la autorización de la Ley 72 de 1983 y del plazo acordado en el Contrato n.º 58 de 1984 celebrado con la nación-Ministerio de Educación Nacional, para la prestación del servicio educativo. Viabilidad de celebración de un nuevo contrato con fundamento en el artículo 355 de la Constitución. Financiación directa de la nación de servicios educativos con recursos distintos del Sistema General de Participaciones. <b>Radicado 2108</b> .....	342
8.	Estampilla pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia. Convenios interadministrativos suscritos entre Coldeportes y entidades territoriales para cofinanciar y apoyar el desarrollo de infraestructura deportiva. Contratos de “gerencia de proyectos” celebrados con Fonade para los mismos fines. <b>Radicado 2271</b> .....	351
<b>IV. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL</b> .....		<b>379</b>
1.	Mesadas reconocidas por el artículo 6º del decreto reglamentario 1083 de 1997 a deportistas considerados “glorias del deporte nacional” Radicado 2077 <b>Radicado 2077</b> .....	381
2.	Permiso sindical. Remuneración adicional para directivos docentes. <b>Radicado 2250</b> .....	387
3.	Naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander. Naturaleza de los empleos que pertenecen a su planta de personal. <b>Radicado 2262</b> .....	402
4.	Régimen pensional especial para los aviadores civiles (artículo 6º del decreto ley 1282 de 1994): existencia, vigencia y diferencia con el régimen general de transición. <b>Radicado 2245</b> .....	405
5.	Liquidación y reconocimiento de pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de la Universidad Nacional de Colombia Radicado 2205 <b>Radicado 2205</b> .....	420
6.	Obligación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de asumir las cuotas partes pensionales de los extrabajadores y pensionados del liquidado Idema. Inclusión en dichas cuotas de la parte proporcional del reajuste pensional por salud, previsto por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. <b>Radicado 2280</b> .....	463

7.	Inspección y vigilancia de la educación superior. Competencias. Proceso administrativo sancionatorio en la Ley 30 de 1992. Funcionario público. Contrato de prestación de servicios profesionales. <b>Radicado 2198</b> .....	475
8.	Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para convocar a concursos públicos de méritos. <b>Radicado 2307</b> .....	499
9.	Póliza de seguro de responsabilidad de los funcionarios integrantes de los equipos auditores de las contralorías. <b>Radicado 2100</b> .....	523
10.	10. Vigencia del decreto ley 904 de 1951. Coexistencia de convenciones colectivas de trabajo en una misma empresa. <b>Radicado 2087</b> .....	527
11.	Conjueces. Naturaleza jurídica y competencia para fijar su remuneración. <b>Radicado 2303</b> .....	543
12.	Rector. Retiro forzoso. Entes universitarios autónomos . <b>Radicado 2208</b> .....	563
13.	Pensionados del Idema. Mesada catorce. Deber de seguir los precedentes de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones. <b>Radicado 2258</b> .....	584
14.	Contribuciones parafiscales y otros deberes de los empleadores en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Vigilancia y control. Incumplimientos. Competencia y procedimientos para la imposición de multas. Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011. <b>Radicado 2103</b> .....	601

## TOMO III

PRESENTACIÓN.....	5
-------------------	---

## TERCERA PARTE

## CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL PUBLICADOS EN EL 2016

V. ASUNTOS ELECTORALES.....	17
-----------------------------	----

1. Expulsión del partido político. Consecuencias. <b>Radicado 2231</b> .....	19
---	----

2. Aceptación de renuncia, elección y periodo del Defensor del Pueblo. <b>Radicado 2281</b> .....	46
--	----

3. Posibilidad de elegir Personero de Bogotá a quien ha ocupado el cargo de Contralor Distrital en el periodo inmediatamente anterior. Reelección de personeros. <b>Radicado 2282</b> .....	59
--	----

4. Procedimiento de elección del Personero de Bogotá. Provisión de personerías cuando el concurso público para su elección ha sido declarado desierto. <b>Radicado 2283</b> .....	74
--	----

5. Efectos del voto en blanco en la elección de secretarios de concejos municipales. Mayorías. <b>Radicado 2244</b> .....	88
--	----

VI. ENTIDADES TERRITORIALES.....	103
----------------------------------	-----

1. Periodo de la mesa directiva de la Asamblea Departamental. Debe sujetarse a sentencia de nulidad de Tribunal Administrativo. Radicado 2097 <b>Radicado 2097</b> .....	105
---	-----

2. Asambleas Departamentales. Autorización al gobernador para contratar. Límites. <b>Radicado 2284</b> .....	110
---	-----

<b>VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS . . . . .</b>	<b>129</b>
1. Fondo cuenta de impuestos al consumo de productos extranjeros. Administración por parte de la Federación Nacional de Departamentos. Naturaleza jurídica de la federación. Disposición de los rendimientos financieros y tratamiento presupuestal de los excedentes. <b>Radicado 2065 . . . . .</b>	<b>131</b>
2. Aplicación de la Ley 1697 de 2013. Estampilla pro Universidad Nacional y universidades estatales. <b>Radicado 2229 . . . . .</b>	<b>142</b>
3. Aporte de derechos de propiedad industrial por parte de una entidad pública, al patrimonio de una persona jurídica sin ánimo de lucro de naturaleza pública. <b>Radicado 2259 . . . . .</b>	<b>195</b>
4. Concurrencia para el pago del pasivo prestacional del Sector Salud. Crédito judicialmente reconocido en la ley de apropiaciones. Potestad reglamentaria. <b>Radicado 2089 . . . . .</b>	<b>221</b>
5. Cobro coactivo de obligaciones a favor del Fonpet. <b>Radicado 2084 . . . . .</b>	<b>232</b>
6. Adjudicación de bienes baldíos a entidades de derecho público para la prestación de servicios públicos. Sociedades de economía mixta como entidades de derecho público. <b>Radicado 2254 . . . . .</b>	<b>247</b>
7. Naturaleza de los recursos públicos provenientes del registro mercantil recaudados por las cámaras de comercio y destinación que debe dárseles <b>Radicado 2080 y 2025 AD . . . . .</b>	<b>277</b>
8. Cobro coactivo de cuotas partes pensionales a favor del Fomag . <b>Radicado 2093 . . . . .</b>	<b>294</b>
9. Remanentes de encargo fiduciario de administración y pagos. Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia de Salinas de Manaure Ltda. Sociedades de Economía Mixta. <b>Radicado 2120 . . . . .</b>	<b>307</b>
10. Límites a la adquisición de bienes baldíos. Unidad Agrícola Familiar. <b>Radicado 2114 . . . . .</b>	<b>318</b>
11. El procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación. <b>Radicado 2235 y 2235 AD . . . . .</b>	<b>334</b>

12.	Caja de compensación. Aportes. <b>Radicado 2267</b> .....	<b>375</b>
<b>VIII. OTROS ASUNTOS</b> .....		<b>391</b>
1.	Alcance y contenido de la función consultiva. Improcedencia de pronunciamiento respecto de asuntos con proceso judicial en curso <b>Radicado 2098</b> .....	<b>393</b>
2.	Ley 30 de 1986. Destrucción de remanentes <b>Radicado 2255</b> .....	<b>396</b>
3.	Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Naturaleza jurídica, funciones y calidad de sus integrantes. Viáticos y gastos de viaje <b>Radicado 2079</b> .....	<b>408</b>
4.	Retiro y exclusión de la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz <b>Radicado 2288</b> .....	<b>420</b>
5.	Traslado de extranjeros condenados en Colombia. Competencia <b>Radicado 2287</b> .....	<b>447</b>
6.	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. Término para resolver recursos administrativos <b>Radicado 2123</b> .....	<b>476</b>
7.	Decreto 1944 de 1996 sobre la fortificación de la harina de trigo. Análisis de su vigencia. Carácter jurídico de dicho decreto. Requisitos para la expedición de Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente establecidos por el Decreto 1112 de 1996 <b>Radicado 2311</b> .....	<b>491</b>



---

# Primera Parte

---

**La Sala de Consulta y  
Servicio Civil del Consejo  
de Estado en el año 2016**

---

## I

COMPOSICIÓN DE LA SALA DE  
CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2016

Germán Alberto Bula Escobar, Presidente; Álvaro Namén Vargas, Consejero; Édgar López González, Consejero;  
Óscar Darío Amaya Navas, Consejero

**Equipo de Trabajo****MAGISTRADOS AUXILIARES**

Ómar Joaquín Barreto Suárez  
Diana Rocío Castañeda Suárez  
Jorge Andrés Castillo Álvarez  
Indira Díaz Lindao  
Alonso Pío Fernández Angarita  
Ana Patricia Franco Luque  
Diego Franco Victoria  
Jenny Galindo Huertas  
Juan Manuel Laverde Álvarez  
Lida Yanette Manrique Alonso  
Jorge Murgueitio Cabrera  
Germán Eduardo Nieto Olivar  
Camilo Rodríguez Yong  
Óscar Eduardo Vargas Roza

**AUXILIARES JUDICIALES**

Leidi Carolina Huasca Arana  
María Fernanda Murillo Delgado  
María Elisa Quintero Márquez  
Reina Carolina Solórzano Hernández  
Ana María Buelvas de la Espriella

**PROFESIONALES UNIVERSITARIOS**

Constanza Bejarano Ramos  
Luis Andrés Cárdenas Nieto  
Sergio Andrés Chacón  
Leslie Rocío Cruz Chacón  
Javier Antonio Guzmán Berrío  
Laura Victoria Hernández  
Yuri Marcela Parra Muñoz  
Silvia Navia Revollo  
César Tomás Oviedo Castaño  
María del Rosario Oyola Aldana  
Claudia del Pilar Padilla  
Vivian Edith Rodríguez Jaime  
Juan Eduardo Wilches

**RELATORA DE LA SALA**

María Angélica Pulido Barreto

**SECRETARIA DE LA SALA**

Lucía Mazuera Romero

**EQUIPO SECRETARIA**

Eliana Margarita Fernández Valle  
Óscar Alberto Reyes Rey  
Aristóbulo Ruge Forero  
Claudia Milena García Ávila  
Gabriel Nicolás Reyes Mejía

**AD HONÓREM**

Alejandra Consuelo Torres Gutiérrez  
Fhara Alejandra Jattin Sánchez



## II

ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA  
Y SERVICIO CIVIL 2016**1. Consultas absueltas al Gobierno nacional**

De conformidad con la Constitución y la ley, el Consejo de Estado es el cuerpo supremo consultivo del Gobierno nacional en asuntos de administración. En este marco la Sala de Consulta y Servicio Civil absuelve las consultas jurídicas del Gobierno nacional en todas las áreas del derecho (Artículo 237 de la C. P. y artículo 112 del CPACA). En el 2016 la función de consulta se desarrolló de la siguiente manera:

Actas de reparto	38
Consultas repartidas	48
Solicitudes hechas por particulares o entidades que no tienen la facultad de consulta ante la Sala y que fueron remitidas a la autoridad competente (derechos de petición)	372

A continuación se presenta el detalle por entidades de las solicitudes de concepto formuladas y repartidas durante el 2016:

MINISTERIO O DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO	NÚMERO DE SOLICITUDES
Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias)	2
Departamento Administrativo de Estadística (DANE)	1
Departamento Administrativo de la Función Pública	1
Departamento Administrativo de la Función Pública	1
Departamento Administrativo de la Presidencia de la República	1
Departamento Administrativo para la Prosperidad Social	3
Departamento Nacional de Planeación	1
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	2
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	1
Ministerio de Educación Nacional	6
Ministerio de Hacienda	1
Ministerio de Justicia y del Derecho	5
Ministerio de Salud y Protección Social	4
Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	2
Ministerio de Transporte	3
Ministerio de Vivienda, Ciudad y Turismo	2
Ministerio del Interior	11
Ministerio del Interior y Función Pública	1
TOTAL DE SOLICITUDES RECIBIDAS EN 2016	48

### CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA POR EL GOBIERNO NACIONAL DURANTE EL 2016

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
1	2246	Contratos de estabilidad jurídica. Aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Terminación unilateral y anticipada. Efectos jurídicos	Álvaro Namén Vargas
2	2252	Contratos de exploración y explotación minera en “áreas de aporte”. Contrato N° 078-88 suscrito entre Carbocol S. A. y Drummond Ltd. Prórroga. Fórmula para la liquidación de las regalías.	Álvaro Namén Vargas (E)
3	2268	Contratación directa. Dirección Nacional de Inteligencia	William Zambrano Cetina
4	2258	Pensionados del Idema. Mesada catorce. Deber de seguir los precedentes de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones.	William Zambrano Cetina
5	2283	Procedimiento de elección del Personero de Bogotá. Provisión de personerías cuando el concurso público para su elección ha sido declarado desierto.	Édgar González López
6	2229	Aplicación de la Ley 1697 de 2013. Estampilla pro Universidad Nacional y universidades estatales.	Luis Fernando Álvarez
7	2259	Aporte de derechos de propiedad industrial por parte de una entidad pública, al patrimonio de una persona jurídica sin ánimo de lucro de naturaleza pública.	Álvaro Namén Vargas
8	2250	Permiso sindical. Remuneración adicional para directivos docentes.	Germán Bula Escobar
9	2263	Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014.	Édgar González López
10	2254	Retiro y exclusión de la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz.	Germán Bula Escobar
11	2288	Adjudicación de bienes baldíos a entidades de derecho público para la prestación de servicios públicos. Sociedades de economía mixta como entidades de derecho público.	Germán Bula Escobar

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
12	2291	Alcance del artículo 8º, numeral 8, de la Ley 1437 de 2011. Regulación.	Édgar González López
13	2271	Estampilla pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia. Convenios interadministrativos suscritos entre Coldeportes y entidades territoriales para cofinanciar y apoyar el desarrollo de infraestructura deportiva. Contratos de “gerencia de proyectos” celebrados con Fonade para los mismos fines.	Álvaro Namén Vargas
14	2291	Alcance del artículo 8º, numeral 8, de la Ley 1437 de 2011. Regulación	Édgar González López
15	2287	Traslado de extranjeros condenados en Colombia. Competencia.	Álvaro Namén Vargas
16	2266	Revocatoria directa de actos de directores de entidades adscritas y vinculadas, por parte de ministros y directores de Departamento Administrativo.	Germán Bula Escobar
17	2284	Asambleas departamentales. Autorización al gobernador para contratar. Límites.	Álvaro Namén Vargas
18	2303	Conjueces. Naturaleza jurídica y competencia para fijar su remuneración.	Álvaro Namén Vargas

**CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA DURANTE EL 2016  
POR AUTO DE LA SALA AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO DE LEY**

(Art. 112 parágrafo 1º del CPACA)

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
1	2080-2025 adición	Naturaleza de los recursos públicos provenientes del registro mercantil recaudados por las cámaras de comercio y destinación que debe dárseles.	Augusto Hernández Becerra
2	2078	Proyecto de ley n.º 196 de 2011 Cámara, “por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Carácter general del proyecto. Ausencia de conflicto de intereses de los congresistas.	Enrique José Arboleda Perdomo

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
3	2260	Interpretación y alcance de las inhabilidades, incompatibilidades y sanciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional en materia de contratación estatal, respecto de condenas, medidas e investigaciones en el exterior por actos de corrupción.	Álvaro Namén Vargas
4	2065	Fondo cuenta de impuestos al consumo de productos extranjeros. Administración por parte de la Federación Nacional de Departamentos. Naturaleza jurídica de la federación. Disposición de los rendimientos financieros y tratamiento presupuestal de los excedentes.	Augusto Hernández Becerra
5	2077	Mesadas reconocidas por el artículo 6º del decreto reglamentario 1083 de 1997 a deportistas considerados “glorias del deporte nacional”.	Luis Fernando Álvarez
6	0004	Actualización Decreto 1345 de 2010, directrices de técnica normativa	William Zambrano
7	2072	Naturaleza jurídica del Museo Nacional Guillermo Valencia, Régimen jurídico de los contratos, recursos y personal. Estructura y organización administrativa	Augusto Hernández Becerra
8	2089	Concurrencia para el pago del pasivo prestacional del Sector Salud. Crédito judicialmente reconocido en la ley de apropiaciones. Potestad reglamentaria.	Luis F. Álvarez Jaramillo
9	2231	Expulsión del partido político. Consecuencias.	William Zambrano Cetina
10	2264	Interpretación y alcance de las inhabilidades, incompatibilidades y sanciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional en materia de contratación estatal, respecto de condenas, medidas e investigaciones en el exterior por actos de corrupción.	Álvaro Namén Vargas
11	2086	Puertos marítimos. Implantación del sistema de inspección no intrusiva de mercancía. Colaboración entre las autoridades de inspección y control aduanero y las sociedades portuarias. Régimen contractual.	Enrique José Arboleda
12	2245	Régimen pensional especial para los aviadores civiles (artículo 6º del Decreto Ley 1282 de 1994): existencia, vigencia y diferencia con el régimen general de transición.	Álvaro Namén Vargas (E)
13	2205	Liquidación y reconocimiento de pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de la Universidad Nacional de Colombia.	Álvaro Namén Vargas

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
14	PL003	Depuración normativa.	William Zambrano Cetina
15	2097	Periodo de la mesa directiva de la Asamblea Departamental. Debe sujetarse a sentencia de nulidad del Tribunal Administrativo.	William Zambrano Cetina
16	2235	El procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación	Álvaro Namén Vargas
17	2090-2094	Representantes a la Cámara. Inasistencia injustificada a sesiones. No causación de salarios y prestaciones por mandato legal. Procedimiento. Ley 5ª de 1992, artículo 271.	Enrique José Arboleda
18	2267	Cajas de compensación. Aportes	William Zambrano Cetina
19	2255	Ley 30 de 1986. Destrucción de remanentes.	William Zambrano Cetina
20	2084	Cobro coactivo de obligaciones a favor del Fonpet.	William Zambrano Cetina
21	2108	Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé. Reiteración del Concepto n.º 1600 de 2004 sobre el agotamiento de la autorización de la Ley 72 de 1983 y del plazo acordado en el Contrato n.º 58 de 1984 celebrado con la Nación-Ministerio de Educación Nacional, para la prestación del servicio educativo. Viabilidad de celebración de un nuevo contrato con fundamento en el artículo 355 de la Constitución. Financiación directa de la nación de servicios educativos con recursos distintos del Sistema General de Participaciones.	Augusto Hernández Becerra
22	2281	Aceptación de renuncia, elección y período del Defensor del Pueblo.	Germán Bula Escobar
23	2282	Posibilidad de elegir Personero de Bogotá a quien ha ocupado el cargo de Contralor Distrital en el periodo inmediatamente anterior. Reelección de personeros.	Édgar González López
24	2100	Póliza de seguro de responsabilidad de los funcionarios integrantes de los equipos auditores de las contralorías	Augusto Hernández Becerra

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
25	2103	Contribuciones parafiscales y otros deberes de los empleadores en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Vigilancia y control. Incumplimientos. Competencia y procedimientos para la imposición de multas. Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011.	Enrique José Arboleda
26	2083 aclaración	Derechos y obligaciones del Icetex sobre el Colegio Mayor Miguel Antonio Caro con sede en Madrid (España).	Augusto Hernández
27	2280	Obligación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de asumir las cuotas partes pensionales de los extrabajadores y pensionados del liquidado Idema. Inclusión en dichas cuotas de la parte proporcional del reajuste pensional por salud, previsto por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.	Édgar González López
28	2236	Medición del consumo. Efectos jurídicos. Competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos	Germán Bula Escobar
29	2307	Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para convocar a concursos públicos de méritos	Germán Bula Escobar
30	2087	Vigencia del Decreto Ley 904 de 1951. Coexistencia de convenciones colectivas de trabajo en una misma empresa.	Luis Fernando Álvarez Jaramillo
31	2323	Refrendación de acuerdos de paz por el Congreso de la República	Germán Bula Escobar
32	2093	Cobro coactivo de cuotas partes pensionales a favor del Fomag	Luis Fernando Álvarez Jaramillo
33	2114	Límites a la adquisición de bienes baldíos. Unidad Agrícola Familiar.	Luis Fernando Álvarez Jaramillo
34	2120	Remanentes de encargo fiduciario de administración y pagos. Comité transitorio interinstitucional de vigilancia de Salinas de Manaure Ltda. Sociedades de Economía Mixta	Luis Fernando Álvarez Jaramillo
35	2123	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. Término para resolver recursos administrativos.	Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
36	2208	Edad de retiro forzoso de rectores de universidades oficiales.	William Zambrano

## 2. Confirmaciones

A la Sala de Consulta y Servicio Civil le corresponde preparar los proyectos de confirmación de los funcionarios, que conforme a la Constitución y la ley, deben ser nombrados por la Sala Plena del Consejo de Estado. Durante el 2016 se presentaron a consideración de dicha Sala las siguientes confirmaciones:

CONFIRMACIONES SALA DE CONSULTA	
Jaime Enrique Rodríguez Navas	Consejero de Estado
José Miller Lugo Barrero	Magistrado del Tribunal Administrativo del Huila
Iván Mauricio Mendoza Saavedra	Magistrado del Tribunal Administrativo de Santander
Etna Patricia Salamanca Gallo	Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Claudia Patricia Alonso Pérez	Magistrada del Tribunal Administrativo del Meta
Óscar Darío Amaya Navas	Consejero de Estado
César Palomino Cortés	Consejero de Estado
Édgar González López	Consejero de Estado
Fernando Iregui Camelo	Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
María Cristina Quintero Facundo	Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

CONFIRMACIONES SALA DE CONSULTA	
Robiel Amed Vargas González	Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
José Élver Muñoz Barrera	Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Jorge León Arango Franco	Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia
Luis Eduardo Collazos Olaya	Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas
Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon	Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Stella Jeannette Carvajal Basto	Consejera de Estado
Rafael Francisco Suárez Vargas	Consejero de Estado

### 3. Participación en sesiones

TIPO DE SESIÓN	Sesiones
Sala Plena del Consejo de Estado	39
Sala de Gobierno	25
Salas de Decisión Ordinarias	42
Salas de Decisión Extraordinarias	3
Salas de Decisión de Conjueces	4
Reuniones con funcionarios del Gobierno Nacional	14
Audiencias en conflictos de competencias	1



## **4. Participación en la elaboración e implementación de textos normativos**

### **4.1. Participación de la Sala de Consulta en la labor de codificación, actualización y compilación de la legislación sobre temas relacionados con el proceso electoral.**

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y la Registraduría Nacional del Estado Civil, con el aporte de la Procuraduría General de la Nación, elaboraron un proyecto de ley para actualizar las normas electorales, así como las funciones de las instituciones a cargo de su organización y control, a la luz de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia, los avances en tecnología y los cambios sociopolíticos que enfrenta el país.

El Código Electoral adoptado mediante el Decreto 2241 de 1986, modificado varias veces (Ley 62 de 1988, Ley 6ª de 1990, Ley 130 de 1994, Ley 163 de 1994, Ley 486 de 1998, Ley 757 de 2002, y Ley 1475 de 2011, entre otras normas), cumplió 30 años desde su expedición, lapso en el que se han presentado cambios importantes, que hicieron imperioso revisar las disposiciones que en esta materia existen.

Se realizó un trabajo de codificación, actualización y compilación de la legislación sobre temas relacionados con el proceso electoral, que por la dinámica legislativa se encuentran dispersos en diferentes preceptos; además se proponen nuevos conceptos, definiciones, procesos y sanciones tendientes a fortalecer la seguridad jurídica electoral del país, así como para garantizar los principios que deben regir la democracia y el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político acorde con el postulado del artículo 40 de la Carta Política.

### **4.2. Participación de la Sala de Consulta en el estudio del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante la cual se desarrollaba parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2015 (Reforma al Equilibrio de Poderes)**

Los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil participaron en la preparación y estudio del Proyecto de Ley Estatutaria, “por medio de la cual se desarrolla parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2015, se reforma de la Ley 270 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

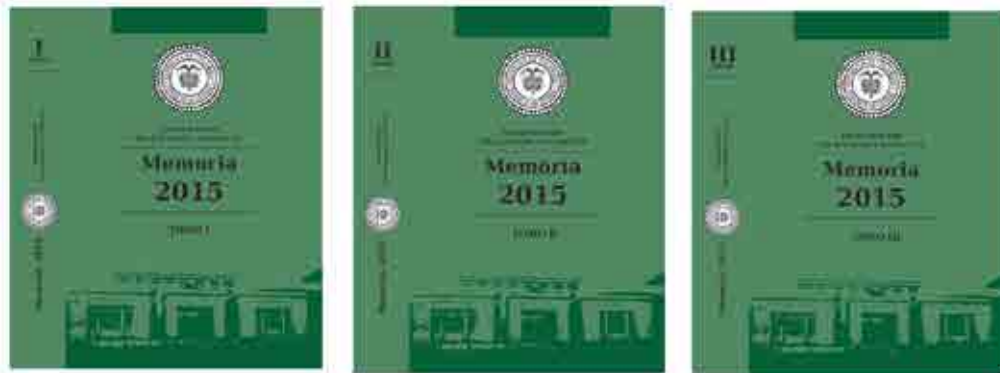
## **5. Organización de actividades académicas y culturales**

### **5.1. Talleres en materia de pensiones**

La Sala de Consulta y Servicio Civil organizó dos (2) talleres en los cuales se analizaron temas relativos a los conflictos de competencias administrativas en materia de pensiones. Tales talleres tuvieron lugar los días 27 de septiembre y 12 de octubre de 2016 en el Auditorio del Consejo Superior de la Judicatura de la ciudad de Bogotá.

## 6. Publicaciones

### 6.1. Memorias de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para el 2015 (III Tomos)



La Sala de Consulta y Servicio Civil en el 2016 publicó la séptima edición de su memoria anual. Esta publicación, integrada por tres volúmenes, recoge el resumen de las principales actividades realizadas por la Sala durante el año inmediatamente anterior, así como los textos completos de los conceptos a los que se les levantó la reserva durante la misma anualidad y una selección de conflictos de competencia administrativa resueltos durante el mismo periodo. Dicha publicación fue posible gracias al apoyo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

## 7. Definición de conflictos de competencias administrativas

Durante el 2016 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado recibió 211 conflictos de competencias administrativas, en ejercicio de la facultad asignada en el artículo 4º de la Ley 954 de 2005 y que hoy está regulada en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. A continuación se presenta una relación de los conflictos resueltos atendiendo a criterios temáticos.

### 7.1. Conflictos en materia de familia

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201600004	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría Tercera de Familia del ICBF del centro zonal de Yopal y la Comisaría Segunda de Familia de Yopal (Casanare), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña A.V.C.C.	Declararse inhabilitada para resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Segunda de Familia de Yopal y la Defensoría Tercera de Familia Centro Zonal Yopal (Casanare).	Álvaro Namén Vargas (E)
2.	201600005	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Catorce de Familia de Bogotá, Localidad de Los Mártires, la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Los Mártires Regional Bogotá y la Defensoría de Familia asignado al Centro Único de Recepción de Niños y Niñas, con el fin de determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.J.P.M.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del ICBF –asignada al Centro Único de Recepción de Niños, Niñas y Adolescentes de la Secretaría Distrital de Integración Social–.	Germán Bula Escobar
3.	201600006	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal de Zipaquirá Regional Cundinamarca y el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio, con el fin de determinar el competente para conocer del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los adolescentes A.F.M y J.D.M.M.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio para resolver sobre la situación de adoptabilidad del menor de edad J.D.M.M.	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
4.	201600017	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia Centro Zonal Bosa Regional Bogotá y la Comisaría Séptima de Familia de Bogotá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño A.F.B.S.	Declarar competente al ICBF –Defensoría de Familia Centro Zonal Bosa– Regional Bogotá para restablecer de forma integral los derechos del niño A.F.B.S. y a la Comisaría Séptima de Familia de Bosa II para continuar con el seguimiento a las medidas de protección impuestas por los actos de violencia intrafamiliar.	Germán Bula Escobar (E)
5.	201600018	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal del Espinal, Regional Tolima y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Espinal (Tolima), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño B.E.L.C.	Declararse inhibida para resolver el presunto conflicto negativo de competencias administrativas planteado por la Defensoría de Familia Centro Zonal Espinal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Regional Tolima frente al Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Espinal, respecto de las medidas de protección tomadas en favor del menor B.E.L.C. y el seguimiento de las mismas.	Germán Bula Escobar
6.	201600019	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal del Espinal, Regional Tolima y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Espinal (Tolima), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.A.C.G.	Declararse inhibida para resolver el conflicto de competencias administrativas entre la Defensoría de Familia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Espinal, Regional Tolima y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Espinal.	Édgar González López

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
7.	201600030	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Girón (Santander) y la Defensoría de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán del ICBF de la Regional Santander, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente B.D.P.S.	Declararse inhibida para resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Girón y la Defensoría de Familia, Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Regional Santander.	Germán Bula Escobar
8.	201600031	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Flandes (Tolima) y la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Girardot, Regional Cundinamarca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.S.R.P.	Declararse inhibida para resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Flandes y la Defensoría de Familia Centro Zonal de Girardot, Regional Tolima.	Édgar González López
9.	201600032	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la comisaría segunda de familia de Sabaneta (Antioquia) y la Comisaría Primera de Familia de Envigado (Antioquia) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño S.D.P.O.	Declararse inhibida para conocer del presente conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Segunda de Familia de Sabaneta y la Comisaría Primera de Familia de Envigado.	Germán Bula Escobar (E)
10.	201600038	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Ciudad Bolívar, Regional Bogotá y la Comisaría XIX de Familia de Bogotá Ciudad Bolívar II, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer el proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente L.P.H	Declararse inhibida para resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría XIX de Familia de Ciudad Bolívar y la Defensoría de Familia de Ciudad Bolívar, Regional Bogotá.	Édgar González López

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
11.	201600060	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de San Pedro de los Milagros (Antioquia) y la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Aburrá Norte, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente S.T.B.	Declarar que la competencia para adelantar el proceso de restablecimiento de los derechos de la adolescente S.T.B., es la Comisaría de Familia de San Pedro de los Milagros (Antioquia).	Germán Bula Escobar
12.	201600070	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Santa Fe de Antioquia, la Personería Municipal de Santa Fe de Antioquia y la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal 10 de Occidente Regional Antioquia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente A.V.L.H.	Declararse inhibida para resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Santa Fe de Antioquia y la Defensoría de Familia Centro Zonal Occidente, Regional Antioquia.	Édgar González López
13.	201600078	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Urabá de la Regional Antioquia y el Juzgado Promiscuo de Familia de Apartadó (Antioquia) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de los hermanos L.M.O.C. y J.A.O.C.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo de Familia de Apartadó (Antioquia) para declarar la medida de adoptabilidad de los niños L.M.O.C. y J.A.O.C., con la exhortación de que se debe dar aplicación al parágrafo 2° del artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia.	Germán Bula Escobar (E)

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
14.	201600094	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Aburrá Sur, Regional Antioquia y el Juzgado Primero de Familia de Oralidad de Itagüí (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos del niño J.C.R.M.	Declararse inhibida para resolver el presunto conflicto negativo de competencias administrativas planteado entre la Defensoría de Familia del Centro Zonal Aburrá Sur, Regional Antioquia, la Comisaría de Familia de Itagüí (Antioquia) y el Juzgado Primero de Familia de Oralidad de Itagüí.	Álvaro Namén Vargas
15.	201600120	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia del municipio de Acacías (Meta) y la Defensoría de Familia del ICBF, Regional Meta de la Regional Acacías, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de regulación de alimentos para la señora Gabrielina Pardo de Gamboa	Declarar que la Comisaría de Familia de Acacías es la autoridad competente para adelantar la audiencia de conciliación de solicitud de fijación de cuota alimentaria en favor de la señora Gabrielina Pardo de Gamboa.	Édgar González López
16.	201600151	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría del Familia del ICBF del Centro Zonal Zipaquirá de la Regional Cundinamarca y el Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera (Cundinamarca) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño M.A.S.A.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera para adelantar la declaratoria de adaptabilidad del menor de edad M.A.S.A.	Édgar González López

## 7.2. Conflictos en materia de pensiones

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201600007	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación de Antioquia – Pensiones de Antioquia, con el fin de determinar el competente para decidir la solicitud de pensión de vejez del señor Leoncio Antonio Cadavid.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) (antes ISS) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez del señor Leoncio Antonio Cadavid Herrera.	Germán Bula Escobar (E)
2.	201600008	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado presentado por la señora Nancy Franco Ramírez, mediante apoderado judicial, con el fin que se determine la autoridad competente entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), el competente para decidir su solicitud de pensión.	Declarar que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), es la autoridad competente para conocer y resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Nancy Franco Ramírez.	Germán Bula Escobar
3.	201600015	Conflicto de competencias administrativas presentado por el doctor Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez, con el fin de que se determine la autoridad administrativa competente para resolver su solicitud de pensión, entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez.	Édgar González López



Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
4.	201600016	Conflicto de competencias administrativas presentado por el señor Édison Fruto Gutiérrez, con el fin de que se determine la autoridad administrativa competente para resolver su solicitud de pensión de sobreviviente, entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Declarar que Colpensiones, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de la señora Saturia Epifanía Gamero González.	Germán Bula Escobar
5.	201600026	Conflicto de competencias administrativas presentado por la señora Marta Elena Puerta Pineda, con el fin de que se determine la autoridad administrativa competente para resolver su solicitud de pensión, entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Martha Elena Puerta de Pineda.	Édgar González López
6.	201600027	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Sulay Carmona.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez de la señora Sulay Carmona.	Germán Bula Escobar (E)

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
7.	201600029	Conflicto de competencias administrativas presentado por el señor Jorge Iván González, con el fin de que se determine la autoridad administrativa competente para efectuar el pago de una sentencia judicial, entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el patrimonio autónomo de remanentes de Cajanal en liquidación y el Ministerio de Salud y Protección Social.	Declarar competente a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S. A., Fiduagraria S. A., como vocera y administradora de los patrimonios autónomos de Cajanal EICE en Liquidación, o a quien haga sus veces, para responder de fondo, en forma completa y definitiva, la solicitud de pago de la sentencia judicial presentada por el señor Jorge Iván González Lizarazo, conforme a lo explicado en la parte considerativa de esta decisión	Álvaro Namén Vargas
8.	201600034	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer y pagar la pensión de vejez de la señora Cruz Emilia Murillo Sánchez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Cruz Emilia Murillo Sánchez, identificada con la cédula de ciudadanía número 26391343.	Álvaro Namén Vargas
9.	201600035	Conflicto de competencias administrativas presentado por la señora Luz Marina Moya Justinico con el fin de que se determine la autoridad administrativa competente para reconocer y pagar su pensión de vejez, entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación realizada por la señora Luz Marina Moya Justinico el día 13 de julio de 2015.	Germán Bula Escobar (E)

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201600036	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom) y el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para responder por el mandamiento de pago generado por la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico.</p>	<p>Declararse inhibida para conocer sobre el presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Caja de Previsión Social de las Comunicaciones (Caprecom EICE en liquidación), el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC), en relación con la entidad llamada a responder por el mandamiento de pago generado por la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico (liquidada), en relación con el pago de las cuotas partes que en la pensión de vejez reconocida al señor Juan Illera Palacio corresponden a su vinculación laboral con Inravisión (liquidada).</p>	Germán Bula Escobar
11.	201600037	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer y pagar la pensión de vejez de la señora Lucy Estela Padilla Caballero.</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Lucy Estela Padilla Caballero.</p>	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
12.	201600040	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre Pensiones de Antioquia – Gobernación de Antioquia y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer y pagar la pensión de vejez del señor José Javier Arboleda Orozco.	Declarar competente a Pensiones de Antioquia para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez del señor José Javier Arboleda Orozco.	Germán Bula Escobar (E)
13.	201600041	Conflicto de competencias administrativas presentado por la señora Eleany Muñoz Cano mediante apoderado judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente de reconocer y pagar su pensión de vejez, entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez de la señora Eleany Muñoz Cano, identificada con la cédula de ciudadanía número 24475648.	Germán Bula Escobar
14.	201600042	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Ramiro Antonio Hernández Rivillas.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Ramiro Antonio Hernández Rivillas, identificado con la cédula de ciudadanía número 3457921.	Álvaro Namén Vargas

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
15.	201600047	Conflicto de competencias administrativas presentado por el señor José Espinosa Melo, mediante apoderado judicial con el fin de que se determine entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación de Cundinamarca – Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, la autoridad administrativa competente para reconocer su solicitud de pensión.	Declararse inhibida para resolver el conflicto de competencias administrativas entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el Fondo de Pensiones de Cundinamarca, hoy Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca.	Édgar González López
16.	201600048	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la pensión del señor Fabio Hernando Bastidas Dueñas.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas, identificado con la cédula de ciudadanía número 91104262.	Álvaro Namén Vargas
17.	201600049	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (Foncep) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar al competente para reconocer la pensión de vejez del señor Francisco Vargas Ayala.	Declarar competente al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (Foncep) para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor Francisco Vargas Ayala.	Germán Bula Escobar

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
18.	201600054	Conflicto de competencias administrativas presentado por el señor Pedro Leonel Jiménez Beltrán, entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y los patrimonios autónomos de Cajanal EICE en liquidación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para cancelar una sentencia judicial.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud presentada por el señor Pedro Leonel Jiménez Beltrán referente al pago de los intereses moratorios relacionados con el pago tardío de la Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de abril de 2007 dentro del proceso n.º 2005-04661.	Édgar González López
19.	201600058	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Pastora María Pimienta Aguilar.	Germán Bula Escobar
20.	201600059	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para decidir la solicitud de pensión de vejez del señor Jaime Segundo Mercado Domínguez.	Declarar competente a Colpensiones para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez del señor Jaime Segundo Mercado Domínguez	Óscar Darío Amaya Navas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
21.	201600062	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer la solicitud pensional del señor Ángel Alberto Ávila Quicazán	Declararse inhibida para conocer sobre el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional del señor Ángel Alberto Ávila Quicazán.	Édgar González López
22.	201600063	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer la solicitud pensional de la señora Carmenza Amézquita Amézquita.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Carmenza Amézquita Amézquita.	Germán Bula Escobar (E)
23.	201600067	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora María Rocío Gómez Sánchez.	Declararse inhibida para conocer sobre el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional de la señora María Rocío Gómez Sánchez.	Édgar González López

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
24.	201600068	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Carmen Aydee Astaiza Ibarra.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Carmen Aydee Astaiza Ibarra.	Germán Bula Escobar (E)
25.	201600069	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Nora María Giraldo Ramírez.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Nora María Giraldo Ramírez.	Germán Bula Escobar
26.	201600071	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Elvia Inés Muñoz Muñoz.	Declarar competente a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales para Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Elvia Inés Muñoz Muñoz.	Álvaro Namén Vargas



Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
27.	201600073	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el Fondo de Pensiones Territorial de Santander – Gobernación de Santander, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Juan de Dios Abaúnza Sarmiento.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Juan de Dios Abaúnza Sarmiento, identificado con la cédula de ciudadanía número 91065548 de San Gil (Santander).	Édgar González López
28.	201600076	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora María del Carmen Laborde de Rojano.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora María del Carmen Laborde de Rojano, identificada con la cédula de ciudadanía número 36528775.	Álvaro Namén Vargas
29.	201600077	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Gregorio Córdoba Moreno.	Declararse inhibida para resolver el presente asunto promovido a título de conflicto negativo de competencias administrativas por el señor Gregorio Córdoba Moreno por sustracción de materia.	Germán Bula Escobar

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
30.	201600079	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo Territorial de Pensiones del Magdalena – Departamento del Magdalena y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión del señor Carlos Alfonso Cuao Manotas.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensio-nal presentada por el señor Carlos Alfonso Cuao Manotas, identificado con la cédula de ciudadanía número 4969480.	Édgar González López
31.	201600082	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Marlene Cely de Quintero.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Marlene Cely de Quintero.	Germán Bula Escobar
32.	201600087	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Salud y Protección Social, el Patrimonio Autónomo de Contingencias No Misionales de Fiduagraría S. A. y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para dar cumplimiento a una sentencia judicial en favor de la señora Evangelina Caicedo de Torres.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud presentada por la señora Evangelina Caicedo de Torres, referente al pago de los intereses moratorios derivados de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo,	Germán Bula Escobar (E)

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
32.	201600087		Sección Segunda del Circuito de Bogotá el 28 de febrero de 2007, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el n.º 2005-04060, y confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" el 8 de noviembre de 2007.	Germán Bula Escobar (E)
33.	201600089	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor José Francisco Gómez Osorio.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) –antes ISS– para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez del señor José Francisco Gómez Osorio.	Germán Bula Escobar (E)
34.	201600090	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación de Antioquia – Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Rubén Darío Sayago Guerrero.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Rubén Darío Sayago Guerrero.	Germán Bula Escobar

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
35.	201600091	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar el competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Ana Stella Lozano Cadena.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) antes –Cajanal– para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora Ana Stella Lozano Cadena.	Germán Bula Escobar (E)
36.	201600092	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación de Antioquia – Secretaría Seccional de Salud y Protección Social y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Gabriel Arango Loaiza.	Declararse inhibida para resolver el presunto conflicto de competencias administrativas entre la Gobernación de Antioquia –Secretaría de Salud y Protección Social– y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Édgar González López
37.	201600093	Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Cajanal en Liquidación y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para dar cumplimiento a una sentencia judicial.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para tramitar de fondo la solicitud de pago de los intereses moratorios ordenados por la Sentencia judicial del 23 de junio de 2010, dictada por el Juzgado Catorce (14) Administrativo de Bogotá y modificada parcialmente mediante sentencia del 12 de mayo de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, a favor de la señora Mariela Martínez de Rincón y en contra de Cajanal EICE en liquidación, hoy extinta.	Édgar González López

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
38.	201600097	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Cajanal EICE en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para dar cumplimiento a un fallo judicial.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud presentada por la señora Gladys Medina Santamaría, referente al pago de las mesadas atrasadas más los intereses moratorios ordenados en la sentencia ejecutiva dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso n.º 11001-31-05-008-2004-00070-00, el 21 de marzo de 2006.	Óscar Darío Amaya Navas
39.	201600098	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión de la señora Vélida del Rosario Maldonado Mazzili.	Inhibirse para conocer del presente conflicto de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas
40.	201600099	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión de la señora Rosa Elvira Agudelo Quiroga	Declararse inhibida para conocer sobre el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional de la señora Rosa Elvira Agudelo Quiroga.	Édgar González López

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
41.	2014600100	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión del señor Édgar Zamudio Sanabria.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Édgar Samudio Sanabria.	Germán Bula Escobar
42.	201600103	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, la Alcaldía Municipal de Cúcuta (Norte de Santander) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, identificada con la cédula de ciudadanía número 37244129 de Cúcuta.	Édgar González López
43.	201600104	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Luis Fernando Sanabria Amaya.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Luis Fernando Sanabria Amaya, identificado con la cédula de ciudadanía número 4252149.	Germán Bula Escobar (e)

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
44.	201600105	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa para dar cumplimiento a una sentencia judicial.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento en el presente asunto planteado a título de conflicto negativo de competencias entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social (UGPP), el Ministerio de Salud y Protección Social y Fiduagraria S. A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo denominado “P. A. Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales”, en relación con la petición de reconocimiento de intereses moratorios presentada por la señora Gloria Sonia de Santa Rita Montoya Roldán.	Germán Bula Escobar
45.	201600107	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Mirthya Elsa Rodríguez de Suárez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Mirthya Elsa Rodríguez de Suárez, identificada con la cédula de ciudadanía número 41475463.	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
46.	201600112	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión de la señora Nelvis Josefina Herrera Romero.	Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas
47.	201600114	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Janeth Mercedes Rodríguez Lechuga.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Janeth Mercedes Rodríguez Lechuga.	Germán Bula Escobar
48.	201600115	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Gladys Elena Pérez Moreno.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Gladys Helena Pérez Moreno, identificada con la cédula de ciudadanía número 21231044.	Édgar González López



N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
49.	201600116	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Eugenio Millán Carreño.	Declarar que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones del Distrito (Foncep), es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Eugenio Millán Carreño.	Germán Bula Escobar
50.	201600117	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Nubia del Socorro Cardona López.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Nubia del Socorro Cardona de López, identificada con la cédula de ciudadanía número 32466797.	Álvaro Namén Vargas
51.	201600118	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para efectuar el reconocimiento y pago de intereses, agencias y costas en derecho que solicita la señora Ligia Camargo de Cerón.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud presentada por la señora Ligia Camargo de Cerón referente al pago de los intereses moratorios ocasionados por el cumplimiento tardío de la sentencia dictada por la Sección Segunda- Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de septiembre de 2008.	Germán Bula Escobar (E)

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
52.	201600119	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de sobreviviente de la señora Marta María Cantillo Padilla, esposa del señor Manuel Narciso Echeverry Cueto.	Declarar que Colpensiones es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Manuel Narciso Echeverry Cueto.	Édgar González López
53.	201600121	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Ana Leyva.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de pensión de la señora Ana Leyva, identificada con la cédula de ciudadanía número 38982581.	Germán Bula Escobar
54.	201600122	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Gobernación de Caldas, la Dirección Territorial de Salud de Caldas y el Hospital San Juan de Dios de Pensilvania (Caldas), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Luis Carlos Pérez Giraldo.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que adelante el estudio y responda de fondo la solicitud de reconocimiento pensional del señor Luis Carlos Pérez Giraldo, identificado con cédula de ciudadanía número 2504536.	Germán Bula Escobar (E)

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
55.	201600123	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer y pagar las sentencias judiciales en favor del señor Daniel Patiño Moscoso.</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud presentada por el señor Daniel Patiño Moscoso, referente al pago de los intereses moratorios ocasionados por el cumplimiento tardío de la sentencia dictada por el Juzgado 22 Administrativo de Bogotá el 7 de diciembre de 2007 y confirmada parcialmente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de junio de 2008, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho n.º 11001-33-31-022-2006-00031-00.</p>	Álvaro Namén Vargas
56.	201600126	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión del señor Jorge Cárdenas Pedraza.</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Jorge Cárdenas Pedraza.</p>	Óscar Darío Amaya Navas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
57.	201600133	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por la señora Orfilia Ayala de Muñoz.</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud presentada por el doctor Manuel Sanabria Chacón, apoderado de la señora Orfilia Ayala de Muñoz, referente al pago de los intereses moratorios relacionados con el presunto cumplimiento tardío de la Sentencia dictada por el Juzgado Único Administrativo del Circuito Judicial de San Gil el 31 de octubre de 2007, dentro del proceso 2005-3097.</p>	Édgar González López
58.	201600134	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Aurora de los Ángeles Morales Bernal.</p>	<p>Declararse inhibida para decidir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional de la señora Aurora de los Ángeles Morales Bernal, por sustracción de materia.</p>	Germán Bula Escobar

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
59.	201600137	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Aixa Bastidas Medina.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Aixa Bastidas Medina, identificada con la cédula de ciudadanía número 29489539.	Álvaro Namén Vargas
60.	201600138	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar el competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Ana Carmen Alvarado de Forero.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Ana Carmen Alvarado de Forero.	Óscar Darío Amaya Navas
61.	201600149	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Luis Ariel Morales Trujillo.	Declararse inhibida para decidir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional del señor Luis Ariel Morales Trujillo, por sustracción de materia.	Germán Bula Escobar

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
62.	201600153	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Luis Alejandro López Torres.	Declararse inhibida para decidir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional del señor Luis Alejandro López Torres por inexistencia del conflicto negativo planteado.	Germán Bula Escobar
63.	201600155	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre Pensiones de Antioquia – PDA y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Humberto de Jesús Barretera Luján.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre Pensiones de Antioquia (PDA) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), por las razones explicadas en la decisión.	Álvaro Namén Vargas
64.	201600156	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Pensiones y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora María Francisca Bocanegra de Tejada.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora María Francisca Bocanegra, identificada con la cédula de ciudadanía número 22471702.	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
65.	201600163	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Plutarco Elías Agresott Herrera.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Plutarco Elías Agresott Herrera, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 6813554.	Germán Bula Escobar
66.	201600164	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión del señor Carlos Esquivel di Filippo.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Carlos Esquivel di Filippo, identificado con la cédula de ciudadanía número 7460103 de Barranquilla.	Édgar González López
67.	201600167	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia – Gobernación de Antioquia y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Elvia Stella Serna Betancur.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación de Antioquia –Secretaría Seccional de Salud y Protección Social– y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
68.	201600169	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Consuelo García Ávila.	Declararse inhabilitada para decidir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional de la señora Consuelo García Ávila por inexistencia del conflicto negativo planteado.	Óscar Darío Amaya Navas
69.	201600187	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre Pensiones de Antioquia (PDA) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de sobreviviente realizada por la señora María Gloria López Londoño.	Declararse inhabilitada para decidir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Pensiones de Antioquia, en relación con la solicitud de reconocimiento de una pensión de sobreviviente presentada por la señora María Gloria López Londoño, por inexistencia del conflicto negativo planteado.	Óscar Darío Amaya Navas
70.	201600224	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación del Departamento de Valle del Cauca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Marleny Reyes Buitrago.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para tramitar y decidir de fondo la solicitud de la señora Marleny Reyes Buitrago, respecto del reconocimiento de su derecho pensional.	Germán Bula Escobar



### 7.3. Conflictos en materia de investigaciones disciplinarias

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201600010	<p>Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario contra la doctora Nataly Tatiana Rodríguez Miranda.</p>	<p>Declarar competente al Coordinador de Control Interno Disciplinario de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por la presunta falta disciplinaria de la funcionaria Nataly Tatiana Rodríguez Miranda, en su condición de funcionaria de la UGPP.</p>	<p>Álvaro Namén Vargas (E)</p>
2.	201600011	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Salud y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa - Procuraduría General de la Nación con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para el trámite disciplinario NRCD: 1504019 - IUS: 2015-281135.</p>	<p>Declarar competente a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, para conocer del proceso disciplinario de referencia NRCD: 1504019 - IUS: 2015-281135 en contra de Sandra Esther Monroy Barrios, Andrea Torres Matiz, Martha Yolanda Rodríguez Galeano, Édgar Lisímaco Castrillón Coral y Olga Lucía Espitia Garzón.</p>	<p>Álvaro Namén Vargas</p>

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
3.	201600028	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra del señor Alán David Cáceres Rodríguez.</p>	<p>Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), Grupo de Control Interno Disciplinario, adscrito a la Dirección de Soporte y Desarrollo Organizacional, para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado al señor Alan David Cáceres Rodríguez, en su condición de exservidor público de la UGPP.</p>	Germán Bula Escobar
4.	201600061	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación y la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Notariado y Registro – Superintendencia Delegada para Registro, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario IUS-2014-188756 / IUC-D-2014-788-695267-SNR2015ER040932 (04-08-2015).</p>	<p>Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación –Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa– para adelantar el proceso disciplinario contra Enrique José Nates Guerra, Superintendente Delegado para Registro de la Superintendencia de Notariado y Registro.</p>	Álvaro Namén Vargas

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
5.	201600064	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio del Trabajo y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa – Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer el proceso disciplinario con radicado número 154521 de 2015.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación para adelantar la investigación disciplinaria en contra del doctor Luis Ernesto Gómez Londoño, en su condición de Viceministro de Empleo y Pensiones del Ministerio del Trabajo, en conexidad con la investigación iniciada por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio del Trabajo contra la doctora Denny Paulina Orozco Torres, Profesional Especializada del mismo Ministerio.	Germán Bula Escobar
6.	201600065	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Interno Disciplinario - Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa – Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer el proceso disciplinario IUS 2014-34296.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación –Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa– para conocer de la queja disciplinaria radicada con el número IUS 2014-384296, presentada en contra del señor William Mauricio Rengifo Velasco, Director o Exdirector General de Corpoamazonia.	Álvaro Namén Vargas
7.	201600081	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D. C. y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D. C., con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario n.º 2013-00812-01.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Superior de Bogotá D. C. –Sala Laboral– y la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D. C., por las razones explicadas en la decisión.	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
8.	201600085	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Municipal de Envigado y la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá – Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la queja interpuesta por el señor Miguel Ángel Taborda Jaramillo, en contra del Departamento Administrativo de Planeación y la Secretaría del Medio Ambiente y Desarrollo Agropecuario del Municipio de Envigado (Antioquia).</p>	<p>Declarar competente a la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá para conocer disciplinariamente de las presuntas irregularidades cometidas por los servidores públicos adscritos al Departamento Administrativo de Planeación y a la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Agropecuario de la Alcaldía Municipal de Envigado, en forma conexas con la investigación que debe adelantar respecto del Curador Segundo Urbano de Envigado, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta decisión.</p>	Édgar González López
9.	201600140	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Superior de Antioquia y la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la apelación en el proceso disciplinario en contra del señor Elvis Machuca Nieto.</p>	<p>Declarar que el Tribunal Superior de Antioquia – Sala Plena, es la autoridad competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Elvis Machuca Nieto en calidad de citador del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia), contra la sanción disciplinaria que le impusiera el señor juez titular del mismo despacho judicial.</p>	Germán Bula Escobar

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201600157	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Personería Municipal de San Antonio del Tequendama (Cundinamarca) la Procuraduría Provincial de Fusagasugá (Cundinamarca) – Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario radicado con el n.º 2016-006, en contra del señor Armando Gasca Lozada.	Declararse inhabilitada para decidir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Personería Municipal de San Antonio del Tequendama y la Procuraduría Provincial de Fusagasugá, en relación con el proceso disciplinario en contra del exdirector del Director Instituto Municipal de Cultura y Turismo del municipio de San Antonio del Tequendama, por sustracción de materia.	Germán Bula Escobar
11.	201600158	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Personería Municipal de San Antonio del Tequendama (Cundinamarca), la Procuraduría Provincial de Fusagasugá (Cundinamarca) – Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario radicado con el n.º 2016-007, en contra del señor Armando Gasca Lozada.	Declararse inhabilitada para conocer del presente conflicto de competencias administrativas entre la Personería Municipal de San Antonio del Tequendama y la Procuraduría Provincial de Fusagasugá – Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva.	Óscar Darío Amaya Navas
12.	201600159	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Personería Municipal de San Antonio del Tequendama (Cundinamarca), la Procuraduría Provincial de Fusagasugá (Cundinamarca) – Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario radicado con el n.º 2016-008, en contra del señor Armando Gasca Lozada.	Declararse inhabilitada para decidir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Provincial de Fusagasugá y el Personero Municipal de San Antonio del Tequendama, en relación con el proceso disciplinario adelantado en contra del Director del Instituto Municipal de Deportes, Recreación y Cultura (IMRD) de San Antonio del Tequendama (Cundinamarca).	Édgar González López

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
13.	201600161	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial – Procuraduría General de la Nación y la Sala Plena del Tribunal Superior de Medellín, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver el recurso de apelación en el proceso disciplinario en contra de la señora Herminda Quintero Serna.	Declarar competente al Tribunal Superior de Antioquia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Personero Municipal de Caidedo (Antioquia) contra la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de dicho municipio, mediante la que archivó la indagación disciplinaria adelantada contra Herminia Quintero Serna.	Álvaro Namén Vargas

#### 7.4. Conflictos en otras materias

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201600009	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Corte Suprema de Justicia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, con el fin de determinar el competente para conocer de la solicitud del doctor Olimpo Castaño Quintero, magistrado con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín.	Declarar competente a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para resolver la solicitud de suspensión de las vacaciones presentada por el magistrado Olimpo 0Castaño Quintero.	Álvaro Namén Vargas (E)
2.	201600012	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Policía Nacional Seccional Putumayo – Dirección de Protección y Servicios Especiales y la Unidad Nacional de Protección (UNP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el estudio de nivel de riesgo y adoptar medidas de protección para la señora Carmen Rosa Delgado Jamioy.	Declarar competente a la Unidad Nacional de Protección para conocer de la solicitud de estudio de riesgo que le hiciera la Secretaría de Educación del Putumayo con relación a la docente Carmen Rosa Delgado Jamioy.	Germán Bula Escobar

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
3.	201600013	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Policía Nacional Seccional Putumayo – Dirección de Protección y Servicios Especiales y la Unidad Nacional de Protección (UNP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el estudio de nivel de riesgo y adoptar medidas de protección para la señora María Lina Solarte Castro.	Declarar competente a la Unidad Nacional de Protección para adelantar el procedimiento con el cual se garantice la protección al derecho a la vida, integridad y la seguridad personal de la señora María Lina Solarte Castro.	Álvaro Namén Vargas
4.	201600014	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Nacional de Ética Profesional de Medicina Veterinaria y de Zootecnia, dependencia del Consejo Profesional de Medicina Veterinaria y de Zootecnia de Colombia y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de los actos de maltrato animal con ocasión de la atención médico-veterinaria o procedimiento zootécnico.	Declararse inhibida para conocer sobre el conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Nacional de Ética Profesional de Medicina Veterinaria y de Zootecnia y la Fiscalía General de la Nación.	Germán Bula Escobar (E)
5.	201600025	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Policía Nacional – Seccional Quindío y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar los traslados de la población de imputados y condenados que se encuentran en las salas temporales de la Policía Nacional – Seccional Quindío.	Declararse inhibida para conocer sobre el conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Policía Nacional – Seccional Quindío y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
6.	201600039	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de Caldas y la Contraloría General de la República, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ejercer control fiscal a la cooperativa Coodesca.	Declarar competente a la Contraloría General de la República para efectuar el control fiscal a la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca).	Édgar González López
7.	201600043	Conflicto de competencias administrativas presentado por el señor Luis Enrique González Sánchez, con el fin de que se determine la autoridad administrativa competente para pagar sus cesantías e intereses entre la Gobernación de Cundinamarca y la Contraloría General de la República.	Declararse inhibida para conocer sobre el conflicto de competencias administrativas de la referencia, promovido por el señor Luis Enrique González Sánchez.	Álvaro Namén Vargas
8.	201600044	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá – Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se determine la autoridad administrativa competente para conocer de la queja presentada por el señor Gerardo Antonio Alvarado Parra, en contra de un depositario provisional de un bien inmueble entregado por la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE).	Declarar competente a la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá para conocer disciplinariamente de las presuntas irregularidades cometidas por los servidores públicos adscritos en su momento a la Subdirección de Administración de Bienes de la Dirección Nacional de Estupefacientes –hoy liquidada–, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.	Édgar González López
9.	201600045	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para efectuar el nombramiento del Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva.	Declarar competente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva para nombrar al Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva.	Germán Bula Escobar (E)



Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201600046	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín y la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del laudo arbitral entre Comunicación Celular S. A. Comcel y UNE EPM Telecomunicaciones S. A., UNE EPM Telco S. A.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto.	Germán Bula Escobar
11.	201600050	Conflicto de competencias administrativas presentado por la señora Lady Carolina Robado, para que se determine la autoridad administrativa competente entre Bogotá Distrito Capital y la Alcaldía Municipal de Soacha (Cundinamarca) la autoridad administrativa competente para entregar ayuda humanitaria a la señora Robado.	Declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo en la solicitud de conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre Bogotá D. C. y el municipio de Soacha, por las razones expuestas en la parte considerativa.	Germán Bula Escobar (E)
12.	201600053	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Trabajo y la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional Tolima, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para contestar la petición elevada por la señora Gloria Eugenia Ospina García.	Declarar competente al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué para resolver la petición suscrita por la señora Gloria Eugenia Ospina García.	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
13.	201600055	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Municipal de Ibagué y la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional del Tolima, con el fin de determinar el competente para resolver la recusación propuesta en contra del director del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué (IMDRI).</p>	<p>Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación – Regional del Tolima para resolver sobre la recusación interpuesta por los abogados del contratista Unión Temporal Parque Deportivo Ibagué 2015 y de la aseguradora la Previsora S. A. Compañía de Seguros, en contra de la gerente del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué (IMDRI) y el Alcalde Municipal de Ibagué.</p>	Germán Bula Escobar (E)
14.	201600084	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la apelación contra un acto administrativo sancionatorio expedido por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.</p>	<p>Declarar que el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la autoridad competente para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución sancionatoria n.º 93 del 21 de marzo de 2007, confirmada mediante la Resolución n.º 163 del 16 de julio de 2007, proferidas ambas por la Directora de la extinta Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.</p>	Álvaro Namén Vargas

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
15.	201600086	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República y la Contraloría Distrital de Barranquilla, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar auditoría a la empresa Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS (Ambuq ESS).	Declarar que la Contraloría General de la República – Contraloría Delegada para el Sector Social es la autoridad competente para adelantar el proceso de auditoría de gestión y resultados ante la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS (Ambuq ESS) en relación con la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones en las vigencias 2014 y 2015.	Germán Bula Escobar
16.	201600088	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Inspección de Policía de San Vicente de Chucurí (Santander) y la Alcaldía Municipal de San Vicente de Chucurí (Santander), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar la restitución de un bien inmueble propiedad del mencionado municipio.	Declararse inhibida para conocer del conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Inspección de Policía de San Vicente de Chucurí y la Alcaldía Municipal de San Vicente de Chucurí (Santander).	Álvaro Namén Vargas
17.	201600131	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Departamento de Caldas y la Gobernación del Departamento de Risaralda, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por la señora María Teresa Castro de Muñoz.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Departamento de Caldas y la Gobernación del Departamento de Risaralda, por las razones explicadas en la decisión.	Álvaro Namén Vargas

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
18.	201600132	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Departamento de Caldas y la Gobernación del Departamento de Risaralda, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por la señora María Esperanza Guarumo de Tapasco.	Declarar competente al Departamento de Risaralda para expedir el certificado de tiempo de servicios como empleado del municipio de Quinchía, solicitado por la señora María Esperanza Guarumo de Tapasco, esposa del señor Jesús Evelio Tapasco Ibarra.	Édgar González López
19.	201600143	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución n.º 0199 del 18 de julio de 1999, expedida por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Declarar que el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la autoridad competente para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por el señor Darío Vallejo Naranjo en contra de la Resolución n.º 0199 de julio 18 de 2005.	Édgar González López
20.	201600144	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución n.º 348 del 30 de agosto de 1999, expedida por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Declarar que el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la autoridad competente para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Inisla Ltda. en contra de la Resolución n.º 348 del 30 de agosto de 1999.	Édgar González López

Nº	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
21.	201600145	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución n.º 137 del 21 de julio de 2008, expedida por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Declarar que el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la autoridad competente para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución sancionatoria n.º 137 del 21 de julio de 2008, confirmada mediante la Resolución n.º 100 del 8 de mayo de 2009, proferidas ambas por la Directora de la extinta Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Álvaro Namén Vargas
22.	201600146	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución n.º 201 del 29 de septiembre de 2008, expedida por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Declarar competente al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible para resolver de fondo el recurso de apelación presentado en contra de la Resolución 201 de 2008, expedida en su momento por la Directora de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales	Óscar Darío Amaya Navas
23.	201600147	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución n.º 052 del 14 de marzo de 2006, expedida por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Declarar competente al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible para resolver de fondo el recurso de apelación presentado contra la Resolución sancionatoria 052 del 14 de marzo de 2006, expedida en su momento por la Directora de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Germán Bula Escobar

N°	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
24.	201600148	<p>zConflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 052 del 071 del 1° de abril de 2008, expedida por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.</p>	<p>Declarar que el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la autoridad competente para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución sancionatoria n.º 71 del 1º de abril de 2008, confirmada mediante la Resolución n.º 114 del 22 de febrero de 2011, proferidas ambas por la Directora de la extinta Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.</p>	Álvaro Namén Vargas
25.	201600154	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio del Interior y la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C., con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para certificar la existencia y representación de la Iglesia Cristiana Confraternidad en Colombia.</p>	<p>Declararse inhibida para determinar la competencia respecto de la expedición de la certificación de existencia y representación legal de la Federación de Iglesias Cristianas Confraternidad de Colombia, por sustracción de materia, por cuanto el Ministerio del Interior ya lo hizo, como se mencionó en la parte motiva, por encontrarse inscrita en el Registro Público de Entidades Religiosas de dicho Ministerio.</p>	Édgar González López



---

# Segunda Parte

---

**Selección de Conflictos  
de Competencias Administrativas  
año 2016**

---







**1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).****Asunto: Régimen especial de pensión para actividades de alto riesgo. Personal de custodia y seguridad del INPEC.****Radicado 2016-00048**

Fecha: 08/06/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

**I. Antecedentes**

1. El señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas, identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.104.262, nació el 21 de junio de 1965 (folio 6).

2. El señor Bastilla ha trabajado para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) desde el 19 de mayo de 1989, tiempo durante el cual ha cotizado para pensión de jubilación, así: (i) entre el 19 de mayo de 1989 y el 30 de junio de 2009 a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), hoy liquidada; (ii) entre el 1° de julio de 2009 y el 30 de septiembre de 2012, al Instituto de Seguros Sociales, y (iii) desde el 1° de octubre de 2012, a Colpensiones (como consta en la certificación del 4 de mayo de 2015 suscrito por el Subdirector Operativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) folio 7).

3. El 15 de julio de 2013 el señor Bastilla Dueñas solicitó a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación aplicando el régimen especial del INPEC, entidad que mediante el auto N° ADP 011863 del 23 de agosto de 2013, negó la petición por falta de competencia, con fundamento en los siguientes argumentos:

*“(…)Conforme a lo anterior, el interesado acredita un total de 8.132 días laborados, correspondientes a 1.162 semanas, válidos para obtener el reconocimiento pensional conforme al régimen del INPEC, puesto que si bien es cierto, el interesado ha laborado otros tiempos para dicho instituto, también lo es que ha sido bajo los cargos de director o subdirector de establecimiento carcelario y jefe de división, los cuales no se encuentran dispuestos para ser beneficiario del régimen especial pretendido.*

Que analizados los documentos obrantes en el cuaderno administrativo y los tiempos de servicios aportados, se establece que el peticionario adquirió el status jurídico de pensionado por tiempos con posterioridad al 1º de julio de 2009, esto es, 28 de septiembre de 2009”. Por lo tanto, ordenó remitir el expediente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) por considerar que dicha entidad era la competente para reconocer la pensión de jubilación del peticionario. (Folios 9 a 10).

5. El 28 septiembre de 2013, por medio de la Resolución N° GNR 242055, la Administradora Colombiana de Pensiones negó el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por el peticionario, debido a que este no cumplió, en su criterio, con los requisitos previstos para adquirirla. El solicitante recurrió dicho acto administrativo en reposición y en subsidio, apelación.

6. Con la Resolución N° GNR 143212 del 28 de abril de 2014, Colpensiones resolvió el recurso confirmando en su integridad la decisión recurrida. La apelación fue resuelta por la misma entidad mediante la Resolución N° VPB 19172 del 2 de marzo de 2015, en la que confirmó el Acto Administrativo impugnado, por considerar que el peticionario acreditó *“el único requisito exigido a los funcionarios del INPEC, 20 años de servicio; el pasado 30 de octubre de 2008, fecha para la cual tenía acreditados requisitos. Tiempo en el cual estuvo vinculado a Cajanal hoy la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales.”* Agregó que para la fecha del traslado masivo al entonces ISS, el peticionario acreditaba 1.086 semanas cotizadas, tiempo suficiente para acceder a la pensión de alto riesgo en Cajanal. Adicionalmente dispuso remitir el expediente a la UGPP (Folios 39 a 43).

7. El 9 de mayo de 2016, mediante la comunicación radicada con el N° 201611100732881, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) planteó ante esta Sala un conflicto de competencias administrativas, con la finalidad de determinar la autoridad competente para conocer la solicitud de pensión del señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas (folios 1 a 5).

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 27).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 (folio 28).

Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y al señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas (folio 29).

### III. Argumentos de las partes

Dentro de la actuación, las partes intervinientes presentaron los argumentos que se exponen a continuación:

#### 1. La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

Si bien la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) no se pronunció dentro del trámite del presunto conflicto, en el escrito con el cual planteó el conflicto expuso sus argumentos así:

Manifestó que esa entidad no es competente para conocer de la petición formulada por el señor Bastilla, dado que con los certificados laborales aportados, el solicitante acredita los siguientes tiempos y cargos para acceder al régimen especial que cubre a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria del INPEC: (i) del 19/05/1989 al 26/07/1995, en el cargo de dragoneante, cotizando a Cajanal (interrupción de 20 días); (ii) del 27/07/1995 al 20/05/1998, en el cargo de inspector, cotizando a Cajanal; (iii) de 26/08/1995 al 29/12/1998, en el cargo de inspector, cotizando a Cajanal; (iv) del 30/12/1998 al 04/11/2008, en el cargo de oficial logístico, cotizando a Cajanal; (v) del 29/12/2008 al 30/06/2009, en el cargo de oficial logístico, cotizando a Cajanal; (vi) del 01/07/2009 al 12/08/2009, en el cargo de oficial logístico, cotizando al ISS, y (vii) desde el 29/01/2010, en el cargo de oficial logístico, cotizando al ISS. (Folios 1 a 5).

Señaló que de los tiempos y cargos anteriormente mencionados, el interesado cotizó a Cajanal 19 años, 7 meses y 23 días (si se descuentan los 20 días de interrupción) válidos para acceder al reconocimiento de una pensión de vejez con el régimen especial del INPEC, completando los 20 años requeridos por el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, cuando se encontraba afiliado al ISS, a causa del traslado masivo de afiliados de Cajanal.

Afirmó que si bien es cierto que el solicitante cotizó otros tiempos a Cajanal, también lo es que dichos tiempos deben ser desestimados, puesto que los cargos que ejerció no se aplican para el reconocimiento del régimen especial, como son los de Director y Subdirector de establecimiento carcelario y Jefe de División (folios 1 a 5).

#### 2. Señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas

En su escrito el señor Bastilla Dueñas expuso, en relación con lo argumentado por la UGPP para declararse incompetente, en el auto del 23 de agosto de 2013, que laboró para el INPEC desde el 19 de mayo de 1989, por lo cual los 20 años de servicio exigidos por la Ley 32 de 1986, los cumplió el 19 de mayo de 2009, fecha a la cual, si se le suman los 20 días de interrupción, da como resultado el 9 de junio de la misma anualidad.

Manifestó que la UGPP se equivoca al considerar que los aportes realizados mientras ejerció los cargos de Director de Establecimiento Encargado, entre el 21 de mayo de 1998 y el 25 de agosto del mismo año; y de Subdirector de Establecimiento Encargado, desde el 5 de

noviembre de 2008 hasta el 28 de diciembre de la misma anualidad, de Jefe de División Fomento y Capacitación Laboral Encargado, desde el 13 de agosto de 2009 hasta el 28 de enero de 2010, no debían ser tenidos en cuenta como tiempo válido para adquirir la pensión, pues dichos cargos fueron ocupados en encargo y, por lo tanto, no afectan la antigüedad ni los beneficios y derechos de carrera, de conformidad con lo establecido por el artículo 39 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 39 de la Ley 1709 de 2014.

Expuso que de acuerdo a lo mencionado por Cajanal, la suma de periodos cotizados da como resultado 19 años, 7 meses y 23 días, cómputo dentro del cual no se tuvo en cuenta el tiempo de los encargos realizados, los cuales suman 4 meses y 27 días. Por lo tanto, explicó que si se adiciona este tiempo al otro periodo, da como resultado 20 años y 20 días de tiempo cotizado a Cajanal, y que los 20 años los cumplió el 9 de junio de 2009.

### 3. Colpensiones

Colpensiones consideró que no es la competente para conocer de la solicitud de reconocimiento pensional del señor Bastilla Dueñas. A tal efecto señaló que, según la certificación laboral expedida por el INPEC, el solicitante ocupó el cargo titular de oficial logístico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, código 2052, grado 6. De acuerdo con lo establecido por el artículo 131 del Decreto 407 de 1994, *“son Oficiales Logísticos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, los profesionales con título de formación universitaria debidamente reconocido por el Icfes conforme a las normas de educación superior vigentes en todo tiempo, escalafonados en la carrera penitenciaria, previa aprobación del curso de orientación, con el propósito de ejercer su profesión necesaria para la administración de los recursos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y para desarrollar programas de industrialización y mejoramiento de la infraestructura; o los Oficiales de Seguridad que habiendo obtenido el referido título profesional, solicitan al Director General del Instituto servir de apoyo logístico, el cual podrá aprobar el cambio de clase. Quienes obtengan dicho cambio no podrán pertenecer nuevamente a la clase de seguridad.”*

En esa medida aclaró que el cargo de Oficial Logístico hace parte de la estructura orgánica del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional y que, de conformidad con lo anterior, el señor Bastilla Dueñas acreditó el requisito de tiempo de servicio establecido en la Ley 32 de 1986, de la cual es beneficiario, el 30 de octubre de 2008, fecha en la que se encontraba afiliado y cotizando a Cajanal.

### IV. Consideraciones

#### 1. Competencia

##### a. Competencia de la Sala

Bien puede ocurrir que dos o más autoridades se consideren competentes para conocer de un asunto de naturaleza administrativa o que, por el contrario, juzguen ser incompetentes

para tal efecto. Con el objeto de resolver conflictos de esta índole, el ordenamiento jurídico colombiano estableció un procedimiento específico, el cual se encuentra consagrado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA):

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

En el mismo sentido, el artículo 112 de este código dispone que una de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es la siguiente:

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

Como se evidencia del análisis de los antecedentes, el presente conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, la UGPP y Colpensiones.

Igualmente, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas.

Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

## **b. Términos legales**

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*<sup>1</sup>. El artículo 21 *ibidem* (sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitario al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

## 2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

<sup>1</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: “Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

### 3. Problema jurídico

En el presente asunto corresponde a la Sala definir cuál es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, previa reseña de la normativa que ordenó la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la fecha de entrada en funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), es menester analizar por parte de la Sala: (i) si el peticionario se encuentra dentro del régimen especial previsto por la Ley 32 de 1986, y (ii) verificar el aparente cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación económica por vejez (semanas de cotización o tiempo de servicios).

### 4. Análisis del conflicto planteado

#### a. La liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

La Caja Nacional de Previsión Social fue creada por la Ley 6ª de 1945<sup>2</sup>, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a cuyo cargo se encomendó el reconocimiento y pago de las prestaciones de “*los empleados y obreros nacionales de carácter permanente*”<sup>3</sup>. Dicha entidad fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado mediante la Ley 490 de 1998<sup>4</sup>, y en materia pensional, se le encomendó continuar “*...con las funciones de trámite y reconocimiento de pensiones, así como con el recaudo de las cotizaciones en los términos establecidos por la ley...*” (artículo 4º *ibídem*).

Luego, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 155<sup>5</sup> de la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), el Gobierno nacional, mediante el Decreto 2196 de 12

2 “Artículo. 18. El Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior. La organización de esta entidad se hará por el Gobierno antes del 1º de julio de 1945”.

3 Artículo 17.

4 “Artículo. 1º. Naturaleza jurídica. La Caja Nacional de Previsión Social, establecimiento público del orden nacional creado mediante la Ley 6a de 1945, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su régimen presupuestal y de personal será el de las entidades públicas de esta clase. Estará vinculada al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Para todos los efectos legales la denominación de la empresa es, Caja Nacional de Previsión Social y podrá utilizar la sigla “Cajanal”. (...)”

5 Artículo 155. De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 600 de 2008. Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. Para el efecto, se autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administran estos riesgos o participen en el capital de las existentes o para que las entidades públicas enajenen alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas.

Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.

de junio de 2009<sup>6</sup>, ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE).

En lo referente a la administración de los asuntos pensionales que estaban a cargo de dicha entidad, los artículos 3º y 4º del Decreto 2196 de 2009 dispusieron lo siguiente:

(i) La *Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE en Liquidación)* “...adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados **que hubieran cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente decreto**, de acuerdo con las normas que rigen al materia” (artículo 3º, inciso segundo).

(ii) Cajanal EICE en Liquidación “...continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007” (artículo 3º, inciso segundo, aparte final).

(iii) La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE en Liquidación) “...deberá adelantar todas las acciones necesarias para el **traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS...**” (Artículo 4º). (Resalta la Sala).

Mediante el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) como una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

En materia pensional, la Ley 1151 atribuyó a la citada unidad, “...el reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, **causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional**, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, **respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación**. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003...” (artículo 156, numeral 1º). (Resalta la Sala). La misma ley otorgó al Gobierno nacional facultades extraordinarias para establecer las funciones de la entidad, entre otros fines, lo cual hizo

---

Esta Empresa tendrá domicilio en Bogotá, D. C., su patrimonio estará conformado por los ingresos que genere en desarrollo de su objeto social y por los aportes del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfieran la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás ingresos que a cualquier título perciba.(...)” (se subraya).

6 “Artículo 1º. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN. Suprimase la *Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE)* creada por la Ley 6a de 1945 y transformada en empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, mediante la Ley 490 de 1998, vinculada al Ministerio de la Protección Social. Para todos los efectos utilizará la denominación “Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en Liquidación”. (...) En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, dicha entidad entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, que podrá ser prorrogado por el Gobierno nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado”.



mediante el Decreto Ley 169 del 23 de enero de 2008<sup>7</sup>.

El artículo 1º, numeral 1º de dicho decreto dispuso que es función de la UGPP, “*el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como el de aquellos servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras. De igual manera, le corresponderá la administración de los derechos y prestaciones que reconocieron las mencionadas administradoras y los que reconozca la Unidad en virtud de este numeral.*” (Se destaca).

Más adelante, por el Decreto 4269 del 8 de noviembre de 2011, se distribuyeron unas competencias en materia de reconocimiento de derechos pensionales, entre Cajanal en Liquidación y la UGPP. En el artículo 1<sup>8</sup> se indicó que la UGPP sería la competente para resolver todas las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

Vale la pena precisar, entonces, que el Decreto 2196 de 2009 decretó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE); que la Ley 1151 de 2007 (artículo 156) y el Decreto Ley 169 de 2008 establecieran las funciones de la UGPP, y que el Decreto 4269 de 2011 efectuó la distribución de competencias entre Cajanal en Liquidación y la UGPP. Además, con el citado Decreto 2196 de 2009, el Gobierno nacional ordenó efectuar un traslado masivo de los afiliados cotizantes de Cajanal al Instituto de Seguros Sociales (ISS) que tuvo como fecha límite el mes de julio de 2009.

Adicionalmente, la estructura y organización de la UGPP fue establecida mediante el Decreto 5021 de 2009, modificado por el Decreto 4168 de 2011 y luego subrogado por el Decreto 575 de 2013. El artículo 2º de este último ratifica que el objeto de dicha entidad

7 “Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social”.

8 “Artículo 1º. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. La ejecución de los procesos misionales de carácter pensional y demás actividades afines que se indican a continuación, será ejercida por la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE en Liquidación) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, en los siguientes términos:

1. Atención de solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas. Estarán a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) las solicitudes de reconocimientos de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

A cargo de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación estarán las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2011.

2. Atención del proceso de administración de la nómina de pensionados.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) será la entidad responsable de la administración de la nómina a partir del mes de diciembre de 2011, incluido el reporte de las novedades que se generen al Administrador Fiduciario del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep). Para efectos de la incorporación de las novedades de nómina originadas en la atención de las solicitudes que están a cargo de Cajanal EICE en liquidación, esta entidad deberá hacer entrega a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) de la información completa y necesaria para que se pueda efectuar dicha inclusión.

3. Proceso de Atención al Pensionado, Usuarios y Peticionarios.

A partir del 8 de noviembre de 2011, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), asumirá integralmente el proceso de atención a los pensionados, usuarios y peticionarios, así como la radicación de los documentos, independientemente de que los servicios requeridos se deriven de solicitudes que deban ser tramitadas por Cajanal EICE en liquidación, de acuerdo con la distribución de competencias establecidas en el numeral 1 del presente artículo.

Parágrafo: En aquellos casos en que en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) se presente una solicitud prestacional que deba ser resuelta en forma integral con una solicitud de una prestación diferente que esté pendiente de resolver y que sea competencia de Cajanal EICE en liquidación, de acuerdo con lo definido en el numeral 1 del presente artículo, la UGPP será la entidad competente para resolver ambas solicitudes”.

consiste en “...reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando”.

Por último, es oportuno resaltar que mediante el Decreto 877 del 30 de abril de 2013, se prorrogó por última vez, hasta el 11 de junio de 2013, el plazo dispuesto para la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social, establecido en el artículo 1° del Decreto 2196 de 2009.

## **b. La liquidación del Instituto de Seguros Sociales y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones)**

El Instituto de Seguros Sociales fue creado mediante el artículo 8° de la Ley 90 de 1946 como un establecimiento público con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, encargado de la dirección y vigilancia de los seguros sociales.

Con la expedición de los Decretos 2011, “*por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)*”, 2012, “*por el cual se suprimen unas dependencias de la estructura del Instituto de Seguros Sociales (ISS)*”, y 2013, “*por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales (ISS) se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones*”, del 28 de septiembre de 2012, el Gobierno nacional reglamentó la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y suprimió y declaró en estado de liquidación al Instituto de Seguros Sociales, entre otros asuntos; todo ello, a partir del 28 de septiembre de 2012.

Asimismo, en el **Decreto 2011 de 2012** se estableció el trámite a seguir para la atención de las solicitudes de pensión y el cumplimiento de los fallos de tutela proferidos en contra del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, presentados o dictados con anterioridad a su vigencia. **A este respecto, el artículo 3° del decreto citado preceptuó:**

“**ARTÍCULO 3°. OPERACIONES DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (Colpensiones).** La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:

1. Resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo aquellas que habiendo sido presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales (ISS), o la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), no se hubieren resuelto a la entrada en vigencia del presente decreto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 5° del mismo.

2. Pagar la nómina de pensionados que tenía a cargo el Instituto de Seguros Sociales (ISS), como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

3. Ser titular de todas las obligaciones con los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales (ISS), y de los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom).

4. Administrar los Fondos de Reservas de Prestaciones de Vejez, Invalidez y Muerte que administraba el Instituto de Seguros Sociales (ISS), de que trata la Ley 100 de 1993.

5. Efectuar el recaudo de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las cuentas y con los mecanismos que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) establezca para tal efecto. (...)

**PARÁGRAFO SEGUNDO TRANSITORIO.** Los actos administrativos expedidos por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que no hubieren sido notificados a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, serán notificados por el Instituto de Seguros Sociales. Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se surta la notificación, el Instituto de Seguros Sociales remitirá los expedientes respectivos a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)."

Como se aprecia, las funciones que hasta el 28 de septiembre de 2012 le correspondían al Instituto de Seguros Sociales en materia pensional, se reasignaron, a partir de esa fecha, a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) incluyendo el reconocimiento de los derechos pensionales que fueran competencia del ISS.

### c. Conclusiones sobre el marco jurídico

La interpretación integral y sistemática de las disposiciones tomadas en consideración hasta este punto, permite a la Sala extraer las siguientes conclusiones en relación con la distribución de las competencias que actualmente tienen asignadas la UGPP y Colpensiones para reconocer y pagar pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida:

- a. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de aquellas personas que antes del 1º de julio de 2009<sup>9</sup> adquirieron el derecho a pensión, es decir, cumplieron los requisitos de edad y número de semanas cotizadas o tiempo de servicios exigidos, siempre y cuando estuvieran afiliadas para entonces a Cajanal.
- b. Compete también a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de aquellas personas que, estando afiliadas a Cajanal o a otras cajas, fondos o entidades públicas autorizadas por el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 para administrar pensiones en el régimen de prima media, cumplieron el requisito de tiempo de servicios (o número de semanas cotizadas) exigido por la ley, y se retiraron o desafiliaron **del régimen de prima media con prestación definida** antes de la cesación de actividades de la respectiva caja, fondo o entidad, para esperar el cumplimiento de la edad.
- c. En los demás casos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida compete a Colpensiones, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad.

<sup>9</sup> Fecha en la cual se realizó el traslado masivo de afiliados de Cajanal en Liquidación al ISS, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009.

## 5. Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional

Mediante la Ley 32 de 1986 se adoptó el “*Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*”. El objeto de dicha ley, según el artículo 1° de la misma, fue el de regular todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

Posteriormente se expidió la Ley 65 de 1993, “*Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno nacional en el artículo 172 de esta ley, el Presidente de la República expidió el Decreto-Ley 407 de 1994 “*por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”.

Dicho cuerpo normativo dispone, en su artículo 117, que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional es un organismo armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) integrado por personal uniformado, jerarquizado, y sometido a un régimen y disciplina especial.

El artículo 118 ibídem estableció las funciones y deberes de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, entre las cuales se pueden mencionar las de velar por la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios; servir como auxiliares en las actividades de trabajo y educación de los internos, y en general, en su resocialización; custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud; requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados, sus celdas y sitios de trabajo, conforme al reglamento; custodiar a los condenados o detenidos que vayan a trabajar fuera del establecimiento, y emplear todas las precauciones posibles para impedir violencias, evasiones y conversaciones o relaciones de ellos con extraños, exceptuando los casos previstos en el Código Penitenciario y Carcelario y en el Reglamento General.

Establece el artículo 126 del mismo cuerpo normativo que forman parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, “...*los Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución*”.

El artículo 127 establece, con respecto a las categorías y grados de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que:

“Para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos consagrados en este decreto, las categorías de oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y Auxiliares de Guardia comprenden los siguientes grados:

a) Categoría de oficiales:

1. Comandante Superior.

2. Mayor.

3. Capitán.

4. Teniente;(…)”.

Igualmente, el artículo 128 estatuye que son oficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional “... los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, formados y capacitados **para comandar la vigilancia penitenciaria y carcelaria, dirigir, coordinar y responder por los servicios de orden, seguridad y disciplina en los establecimientos penitenciarios y carcelarios** y garantizar el normal desarrollo de las actividades en las dependencias del Instituto. Así mismo, los profesionales con título de formación universitaria conforme a las normas de educación superior vigentes en todo tiempo, **con el fin de aplicar sus conocimientos profesionales en el servicio penitenciario y carcelario.**” (Negritas ajenas al texto).

Según el artículo 129 del citado decreto, los oficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se clasifican, según sus funciones, en (i) oficiales de seguridad, (ii) oficiales logísticos y (iii) oficiales para tratamiento penitenciario.

El artículo 131 del mismo decreto establece que son Oficiales Logísticos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, “los profesionales con título de formación universitaria debidamente reconocido por el Icfes conforme a las normas de educación superior vigentes en todo tiempo, escalafonados en la carrera penitenciaria, previa aprobación del curso de orientación, con el propósito de ejercer su profesión necesaria para la administración de los recursos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y para desarrollar programas de industrialización y mejoramiento de la infraestructura; o los Oficiales de Seguridad que habiendo obtenido el referido título profesional, solicitan al Director General del Instituto servir de apoyo logístico, el cual podrá aprobar el cambio de clase. Quienes obtengan dicho cambio no podrán pertenecer nuevamente a la clase de seguridad”.

## 6. Régimen jurídico aplicable en materia pensional

Los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985<sup>10</sup>, estaban exceptuados del régimen general previsto en la citada ley para los empleados oficiales, por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986. Esta ley en su artículo 1º, consagró su campo de aplicación en los siguientes términos:

**“La presente ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional”.** (Negrilla ajena al texto).

10 El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969. (...)

La Ley 65 de 1993, en el artículo 172, otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para dictar normas con fuerza de ley sobre la composición, clasificación y categoría del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, así como sobre el régimen salarial, prestacional y pensional del personal que labora en dicho Cuerpo, “*que no podrán desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores*” (numeral 6°).

De otra parte, el numeral 2° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993 estableció que:

*“De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses contados desde la fecha de publicación de la presente ley para: (...)*

*2. Determinar, atendiendo a criterios técnico-científicos y de salud ocupacional, las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, que requieran modificación en el número de semanas de cotización y el monto de la pensión. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión, se regirán por las disposiciones previstas en esta ley, sin desconocer derechos adquiridos y en todo caso serán menos exigentes. Quedando igualmente facultado para armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles y los periodistas con tarjeta profesional. Esta facultad incluye la de establecer los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador y el trabajador, según cada actividad. (...).”*

En la misma línea, el artículo 140 de la misma ley, estableció que los servidores públicos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria, en razón al tipo de labores que ejercen, realizan actividades de alto riesgo, por lo cual debían tener un régimen especial en materia de pensiones, que debía ser expedido por el Gobierno nacional de conformidad con la Ley 4ª de 1992:

*“Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4ª de 1992, el Gobierno nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. **Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria.** Todo sin desconocer derechos adquiridos. (Negrillas fuera de texto).*

*El Gobierno nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad”.*

Más adelante, se expidió el Decreto Ley 407 de 1994, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 65 de 1993. El artículo 168 de este decreto, derogado posteriormente por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, dispuso:

*“Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.*

*Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno nacional”.*

Como puede apreciarse, aunque el Decreto-Ley 407 de 1994 no se expidió en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 100 de 1993, ni tampoco invocó como fundamento la Ley 4ª de 1992, ni el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, el artículo 168 del citado Decreto-ley sí se refirió explícitamente al artículo 140 de la Ley 100 de 1993 (que ya se había expedido) y consagró un régimen especial para el personal de custodia y vigilancia del INPEC, conformado por la Ley 32 de 1986, para los que ya estaban ejerciendo esa actividad antes de la entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994 (21 de febrero), y el que señala el Gobierno nacional, para los que se vincularon al Cuerpo de Custodia y Vigilancia con posterioridad.

El numeral 2º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003 *“por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales.”* Confirió facultades extraordinarias al Gobierno nacional para regular el tema de los trabajadores de alto riesgo así:

*“Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para: (...)*

2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema”.

En virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República en el artículo 17 de la Ley 797 de 2009, se expidió el Decreto 2090 de 2003 *“Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”*, el cual derogó la normativa anterior (Decreto-ley 407 de 1994), y en el artículo 4º estableció la condición y requisitos para obtener la pensión especial de jubilación para los trabajadores de alto riesgo entre los cuales se encuentran los funcionarios del INPEC:

*“1. Haber cumplido 55 años de edad.*

*2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003. (...).”*

Posterior a esto, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 1950 de 2005, y en este se estableció que:



*“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.”* (Se resalta por la Sala).

En la misma línea, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 estableció lo siguiente, en su parte pertinente:

*“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”. (...)*

**Parágrafo transitorio 5º.** *De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes”* (se resalta).

De las normas anteriormente citadas, se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 el cual es una norma posterior, y de superior jerarquía, estableció que el régimen que se aplicará para los miembros de Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional sería el régimen contemplado en el Decreto 2090 de 2003, salvo para aquellos miembros que se vincularon a dicho Cuerpo con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del mismo, para estos el régimen que se aplicará será el contemplado en la Ley 32 de 1986.

## 7. El caso concreto

La entidad competente para estudiar la solicitud de reconocimiento pensional del señor Fabio Fernando Bastilla Dueñas es la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), conclusión a la que llega la Sala con fundamento en las siguientes consideraciones:

En la certificación del 22 de agosto de 2012, suscrita por el Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Bucaramanga ERE – JP (folio 44), consta que el señor Bastilla Dueñas identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.104.262, laboraba en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) desde el 19 de mayo de 1989, en el cargo de Oficial Logístico, código 2052, grado 06, del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.



De acuerdo con lo anterior, el señor Bastilla Dueñas, al desempeñarse y haber laborado todo el tiempo como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, es beneficiario del régimen especial establecido para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria, previsto en la Ley 32 de 1986.

Tal como se explicó en el numeral anterior, la norma que finalmente estableció el régimen pensional de los servidores públicos que forman parte del Cuerpo de Custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, fue el artículo 1° del Acto Legislativo N° 1 de 2005, disposición que preceptuó que las personas que habían ingresado a dicha dependencia antes de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplica el régimen previsto en la Ley 32 de 1986 (y no el contenido en el citado decreto). Como se recordará, el artículo 96 de dicha ley estableció un solo requisito sustancial para el reconocimiento de la pensión de jubilación de estos servidores públicos, a saber: cumplir veinte (20) años continuos o discontinuos al servicio de la “Guardia Nacional”.

De acuerdo con la documentación aportada al expediente, el señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas laboró para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) como miembro del Cuerpo de Custodia y vigilancia penitenciaria y Carcelaria Nacional, desde el 19 de mayo de 1989, tiempo durante el cual ha cotizado para pensión de jubilación, así: (i) entre el 19 de mayo de 1989 y el 30 de junio de 2009, a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), hoy liquidada; (ii) entre el 1° de julio de 2009 y el 30 de septiembre de 2012, al Instituto de Seguros Sociales, y (iii) desde el 1° de octubre de 2012, a Colpensiones (como consta en la certificación del 4 de mayo de 2015 suscrita por el Subdirector Operativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) folio 7). En total, han sido, al menos, 23 años, 3 meses y 3 días, tal como se resume en el siguiente cuadro:

Empleador	Desde	Hasta	Entidad don-de cotizó	Días
INPEC	19/05/89	30/06/09	Cajanal	7.347 (menos 20 días por interrupción)
INPEC	01/07/09	30/09/12	ISS	850
INPEC	01/10/12	04/05/2015 (fecha de última certificación)	Colpensiones	1.219
Total días laborados				9.126

En el caso particular del peticionario, se encuentra que para la fecha en que entró a regir el Decreto 2090 de 2003 (julio 28 de 2003), ya se encontraba prestando sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria del INPEC (desde el 19 de mayo de 1989). Por lo cual, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 5° del artículo 1° del Acto

Legislativo 01 de 2005, sin duda alguna, le es aplicable en su integridad el régimen previsto en la Ley 32 de 1986.

Por otro lado, la Sala no comparte la afirmación realizada por el apoderado de la UGPP, en el sentido de que, si bien el peticionario es beneficiario del régimen establecido en la Ley 32 de 1986 el tiempo durante el cual el señor Bastilla ejerció algunas posiciones en encargo, como las de Director, Subdirector de establecimiento carcelario y Jefe de División, deben ser descontados del tiempo total de cotizaciones que se requiere para el reconocimiento de su pensión de jubilación bajo el régimen especial del INPEC.

En efecto, el artículo 39 de la Ley 65 de 1993<sup>11</sup>, modificado por el artículo 39 de la Ley 1709 de 2014 establece que:

*“El personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional puede ser llamado a desempeñar **cargos de administración o dirección** en las dependencias del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario **o en los centros de reclusión**, si reúne los requisitos para ello, **sin perder los derechos de la carrera**, pudiendo regresar al servicio de vigilancia.”* (Resalta la Sala).

Por lo tanto, si los oficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional pueden desempeñar cargos de dirección o administración y luego regresar a sus anteriores funciones, sin perder por tal motivo los derechos que les corresponden en la carrera penitenciaria, es claro que en ningún momento el señor Bastilla, por razón de dichos encargos, perdió su condición como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, ni se modificó, por tanto, el régimen pensional al cual se encuentra sujeto. Además, el último encargo, como Jefe de División, lo ejerció cuando ya había cumplido los 20 años requeridos para obtener la pensión de jubilación en el régimen especial, razón por la cual dicho encargo resulta irrelevante para estos efectos.

La Sala recuerda que la condición impuesta por la Ley 32 de 1986, al cual remite el Acto Legislativo N° 1 de 2005, para la aplicación de este régimen especial, es la pertenencia al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria durante el tiempo que señala la ley (20 años), pero no el ejercicio de determinado cargo dentro de dicho Cuerpo o de cierta actividad específica (como la custodia directa de los reclusos).

Por tales razones en la lógica y en la equidad, así como también de acuerdo a los fines de la norma, es pertinente concluir que el tiempo durante el cual el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria ejerce transitoriamente cargos administrativos o directivos en los centros de reclusión, debe ser tenido en cuenta para el cómputo del tiempo de servicios exigido por el régimen legal especial al cual están sujetos dichos servidores públicos en materia pensional.

Además, la Sala entiende que los directores y subdirectores de establecimientos carcelarios y penitenciarios tienen como primera responsabilidad la de asegurar la custodia de los internos, así como la seguridad e integridad de los mismos, de los guardianes y de los visitantes, labores que implican similares riesgos, para la salud y la integridad personal de dichos servidores públicos, o aquellos a los cuales se encuentran expuestos los guardianes.

11 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”.

Entonces, si se tiene en cuenta que el peticionario es beneficiario del régimen contemplado en la Ley 32 de 1986, en el cual se establece que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte 20 años de servicio continuos o discontinuos, sin importar la edad, y que el señor Bastilla empezó a trabajar en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria del INPEC el 19 de mayo de 1989, los 20 años de servicio los habría cumplido, en principio, el 19 de mayo de 2009. Sin embargo, al descontar los 20 días de interrupción que se dio en el servicio y ajena a los encargos, la fecha fue el 8 de junio de la misma anualidad.

Como se puede establecer con los documentos aportados al expediente, el peticionario cotizó a Cajanal hasta el momento en que se ordenó su supresión y se realizó el traslado masivo de afiliados de dicha caja al ISS, traslado que se materializó el **1° de julio del 2009**. Por lo tanto, en ese momento, el señor Bastilla, ya había cumplido los requisitos exigidos por la Ley 32 de 1983 para obtener su pensión, encontrándose afiliado y cotizando a Cajanal.

Así las cosas, de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el acápite anterior y las conclusiones que en relación con ellas ha obtenido la Sala, se concluye que la UGPP es, en la actualidad, la autoridad competente para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación formulada por el señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas, a la luz de las normas constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas, identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.104.262.

**SEGUNDO:** Remitir el expediente de la referencia a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

**TERCERO:** Comunicar la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al señor Fabio Hernando Bastilla Dueñas y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 2. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

**Asunto: Designación del Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva**

**Radicado 2016-00045**

Fecha: 08/06/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar (E)*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112, numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto positivo de competencias administrativas de la referencia.

### I. Antecedentes

Con base en la información y en los documentos aportados por las autoridades mencionadas, el presente conflicto se origina en los siguientes antecedentes:

1. La Ley 1708 de 2014<sup>1</sup> por medio del artículo 215, facultó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para crear Salas de Extinción de Dominio en los Tribunales de Distrito Judicial de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cúcuta. Igualmente, la autorizó para crear los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de diferentes Distritos, entre los que se encuentra el de Neiva.

2. En cumplimiento de lo anterior, mediante el Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dispuso la creación con carácter permanente de un (1) Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio en Neiva.

3. La Dirección Seccional de Administración Judicial del Huila a través del Jefe de Presupuesto, expidió el Certificado N° 11516 del 26 de enero de 2016, en el que acreditó la existencia de disponibilidad presupuestal para designar la planta de personal en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio en Neiva.

4. Asimismo, la Directora Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, certificó la disponibilidad de espacios físicos y mobiliarios para el funcionamiento del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio en Neiva.

5. La Sala Plena del Tribunal Superior de Neiva, mediante Resolución 014 de 28 de enero de 2016, resolvió nombrar a la doctora Evedith Manrique Aranda como Jueza Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva en provisionalidad (folios 9 a 10),

<sup>1</sup> "Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio".

nombramiento que fue confirmado a través de Resolución N° 36 (folio 15 y 16). El día 1º de febrero de 2016 la Dra. Manrique tomó posesión ante el Alcalde de Neiva Delegado (folio 13).

6. Mediante Oficio de fecha 10 de febrero de 2016, el Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, le comunicó al Alcalde del municipio de Neiva que el nombramiento del Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio en Neiva es de competencia exclusiva y excluyente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por ser quien funge como único juez de segunda instancia a nivel nacional respecto de los asuntos sometidos a conocimiento de la especialidad de extinción de dominio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 51<sup>2</sup> (folio 8).

7. Posteriormente, el Presidente del Tribunal Superior de Neiva, mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2016, le manifestó a su homólogo del Distrito Judicial de Bogotá que la competencia otorgada por el artículo 51 del Acuerdo PSAA15-10402 se limita a las funciones jurisdiccionales, sin que se entienda que abarca las administrativas (folios 23 a 26).

8. El 15 de febrero de 2016, la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá propuso conflicto positivo de competencias administrativas al considerar que le corresponde al Tribunal Superior de Bogotá, y no al de Neiva, designar el Juez Penal de Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva.

9. En consecuencia, mediante oficio de 18 de febrero de 2016, el Presidente del Tribunal Superior de Bogotá radicó ante esta Sala solicitud de resolución de conflicto positivo de competencias administrativas entre los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Bogotá y Neiva, para que se defina la entidad competente para nombrar al Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva (folios 20 a 22).

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite de este conflicto (folio 33).

Consta que se informó sobre el presente conflicto al Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al Secretario General del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, al Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la doctora Evedith Manrique Aranda, con el fin de que pudieran presentar sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente (folio 35).

Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto se recibieron alegaciones del doctor Héctor Hugo Torres Vargas, Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (folios 36 a 47), de la doctora Evedith

2 *"ARTÍCULO 51.- Segunda Instancia de los procesos de extinción de dominio. La segunda instancia de los procesos de los Jueces Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio del territorio nacional, se debe surtir ante la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá".*

Manrique Aranda (folios 48 a 50) y de la doctora Yira Olarte Ávila, en su calidad de Secretaria General de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (folios 53 a 68).

### III. Argumentos de las partes

#### 1. Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva - Sala Plena

Manifestó que tal como lo estableció el artículo 20 de la Ley 270 de 1996 modificado por el artículo 3° de la Ley 585 de 2000, las funciones administrativas que le corresponden a la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial son entre otras:

*“1. Elegir a los Jueces del correspondiente Distrito Judicial, de las listas elaboradas por la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura, en la calidad que corresponda, según el régimen de la carrera judicial”.*

A su vez, indicó que el artículo 131 de la citada ley establece que: *“Las autoridades nominadoras en la Rama Judicial son... 7. Para los cargos de jueces de la República; el respectivo Tribunal...”.*

Asimismo, señaló que el artículo 4° del Acuerdo 108 de 1997 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, estableció las funciones de la Sala Plena de cada Tribunal, entre las que se encuentran la de: *“f. Designar en propiedad, en provisionalidad o encargo a los jueces del respectivo distrito judicial, de conformidad con las disposiciones legales y los acuerdos que al efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura...”.*

Declaró que el Tribunal Superior del Distrito Judicial en donde se haya creado el cargo de juez, es el competente para hacer la designación. Igualmente, indicó que las únicas normas que deben tenerse en cuenta para el efecto, son las establecidas en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que le dan competencia exclusiva a la Sala Plena del Tribunal donde haya sido creado el cargo, norma que no puede ser modificada por una ley ordinaria.

Expresó que la competencia funcional que se le asignó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el artículo 51 del Acuerdo PSAA15-10402, tiene que ver única y exclusivamente con la segunda instancia de los procesos de extinción de dominio, pero no respecto de otros asuntos jurisdiccionales que también conoce el Juzgado Especializado de Extinción de Dominio de Neiva, como es el caso de las acciones constitucionales, las cuales debe conocer en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Por lo tanto, este último tiene también competencia funcional respecto del citado despacho judicial.

Expuso que referente a los conceptos emitidos por la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido de que la designación de los Jueces Penales del Circuito Especializado de Extinción de Dominio corresponde a la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por ser el

superior funcional; consideró que ese criterio no es vinculante, pues, no solo se opone a lo indicado en los artículos 20 y 131 de la Ley 270 de 1996, sino que también la citada servidora pública carece de competencia para absolver esas consultas, debido a que es la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado quien debe hacerlo.

Concluyó que la competencia para designar al Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio en Neiva radica exclusivamente en la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (folios 36 a 41).

## 2. Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Indicó que la Jurisdicción Especial de Extinción de Dominio fue creada mediante la Ley 1708 de 2014, artículo 215. El artículo 51 del Acuerdo PSAA15-10402<sup>3</sup> expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura estableció que la segunda instancia de los procesos que conozcan los Jueces Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio del Territorio Nacional, se debe surtir ante la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, única en el país.

Estimó que el Tribunal Superior de Bogotá es el superior funcional de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio y la competencia nominadora referida radica en esa Corporación.

Argumentó que el Tribunal Superior de Neiva se apartó del concepto emitido por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura (UDAE)<sup>4</sup>.

## 3. De la doctora Evedith Manrique Aranda

Mencionó que una vez cumplidos todos los requisitos para la designación y funcionamiento de la planta de personal del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva, esto es, acreditación de la existencia de disponibilidad presupuestal y de espacios físicos y mobiliarios; en ejercicio de las funciones administrativas conferidas a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en especial las establecidas en los artículos 20<sup>[5]</sup> y 131<sup>[6]</sup> de la Ley 270 de 1996, la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Huila, la designó, en encargo, como Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de esa ciudad mediante la Resolución N° 014 del 28 de enero de 2016, cargo en el cual se posesionó el 1° de febrero del mismo año.

Por otro lado, manifestó que la Alcaldía de Neiva le dio a conocer el oficio de fecha 10 de febrero de 2016, suscrito por el presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde se refirieron al mencionado nombramiento en los siguientes términos:

3 Expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. "Por el cual se crean con carácter permanente; trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional".

4 "Teniendo en cuenta que la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá, opera como superior funcional del Juzgado Penal de Extinción de Dominio de Villavicencio, el nombramiento del juez corresponde efectuarlo a la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el artículo 215 de la Ley 1708 de 2014".

*“... para los fines legales y administrativos pertinentes, me permito indicarle que la competencia exclusiva y excluyente de dicho nombramiento corresponde a la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, entre otras razones, por ser quien funge como único juez de segunda instancia a nivel nacional, respecto de los asuntos sometidos a conocimiento de la aludida especialidad, según lo dispone el artículo 51 del Acuerdo citado, así como el artículo 20 de la Ley 270 de 1996”.*

Argumentó que la competencia por factor territorial para la designación del Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva, radica en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, toda vez que se efectuó conforme a la Constitución, a la Ley Estatutaria y a los acuerdos emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

## **IV. Consideraciones**

### **1. Competencia y términos legales**

#### **a. Competencia de la Sala**

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

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

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

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

Como lo ha dicho esta Sala<sup>5</sup>, las dos autoridades involucradas pertenecen al orden nacional, en la medida en que ambas integran a la Rama Judicial, que se encuentra desconcentrada territorialmente para una mejor prestación del servicio público. Además, la función que se pretende ejercer por dichos tribunales es meramente administrativa por cuanto el asunto

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 25 de abril de 2013, Radicación 1100103 06 000 2013 00204 00.



sobre el cual discrepan las dos entidades no implica el ejercicio de la potestad de impartir justicia, sino el ejercicio de una función administrativa, consistente en la designación de un juez.

Se concluye por tanto, que la Sala es competente para dirimir el presente conflicto.

## b. Términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo ordena:

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

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley estatutaria 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2º y 34<sup>6</sup> del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

<sup>6</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 2º. *“Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este código.// Artículo 34: “Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Primera Parte del Código”.*

## 2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 3. Problema Jurídico

El problema jurídico consiste en determinar cuál es el Tribunal competente para designar el cargo de Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio en Neiva, un asunto que es de naturaleza administrativa o de gobierno de la Rama Judicial.

## 4. Análisis del conflicto planteado

### a. Régimen jurídico aplicable

La Ley 1708 de 2014<sup>7</sup> en su artículo 215, facultó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que creara las salas y juzgados de extinción de dominio en diferentes ciudades del país:

*“CREACIÓN DE JUZGADOS. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creará las salas de extinción de dominio que se requieran para el eficaz y eficiente cumplimiento de las disposiciones del presente Código, asegurándose que como mínimo se creen salas en los tribunales de distrito judicial de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, y Cúcuta.*

*Así mismo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creará los juzgados especializados en extinción de dominio que considere necesarios para el eficaz y eficiente cumplimiento de las disposiciones de este Código, conforme a las siguientes reglas:*

*1. En el distrito judicial de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, y Cúcuta se crearán al menos cinco (5) juzgados especializados en extinción de dominio.*

*2. En los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Ibagué, Bucaramanga, Tunja, Villavicencio, Neiva, Manizales, Pasto, y Florencia, se crearán como mínimo dos (2) juzgados Especializados en Extinción de Dominio.*

<sup>7</sup> “Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”.

3. En los Distritos de Cartagena, Armenia, Cúcuta, Pereira, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Popayán y Valledupar, se creará como mínimo un (1) juzgado especializado en extinción de dominio.

*El Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reglamentarán y dispondrán lo necesario para determinar la composición y competencias de las salas y los juzgados especializados en extinción de dominio”.*

Como lo indicó la Sala de Casación Penal, la Ley 1708 de 2014 buscó desconcentrar el trámite de los procesos de extinción de dominio cuya competencia había sido fijada en Bogotá:

*“Para la Corte, analizadas las razones que esgrimen los despachos colisionantes y la normativa que rige la materia, es evidente que la competencia para conocer del presente juicio de extinción de dominio radica, por ahora, (...) ciudad donde se encuentra ubicado el bien objeto de dicha acción.*

*Así lo quiso el legislador al expedir el Código de Extinción de Dominio –Ley 1708 de 2014–, buscando descentralizar la función judicial, en tanto, la competencia recaía de manera exclusiva en los despachos judiciales de la ciudad de Bogotá, toda vez que únicamente en esta ciudad habían sido creados los juzgados penales del circuito especializados de extinción de dominio, circunstancia que conducía a que ellos, independientemente del lugar de la ubicación del bien denunciado, impulsarán la fase del juzgamiento y emitieran la correspondiente sentencia”<sup>8</sup>.*

Asimismo, dando cumplimiento a lo establecido por la norma en cita, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015<sup>9</sup>. En su artículo 50 se dispuso la creación de los Juzgados Penales de Extinción de Dominio.

**“CREACIÓN DE JUZGADOS DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: Crear en los siguientes Distritos Judiciales, los despachos que se enuncian a continuación:**

1. Dos (2) Juzgados Penales de Circuito Especializado de extinción de dominio en el Distrito Judicial de Antioquia, con sede en Medellín, cada uno conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustanciador y un (1) cargo de Citador.

2. Un (1) Juzgado Penal de Circuito Especializado de extinción de dominio en Barranquilla, conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustanciador y un (1) cargo de Citador.

3. Uno (1) Juzgado Penal de Circuito Especializado de extinción de dominio en Cali, conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustanciador y un (1) cargo de Citador.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Decisión del 13 de abril de 2015, AP1817-2015, Radicación N° 45714.

9 “Por el cual se crean con carácter permanente, trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional”.

4. Un (1) Juzgado Penal de Circuito Especializado de extinción de dominio en Cúcuta, conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustanciador y un (1) cargo de Citador.

**5. Un (1) Juzgado Penal de Circuito Especializado de extinción de dominio en Neiva, conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustanciador y un (1) cargo de Citador.**

6. Un (1) Juzgado Penal de Circuito Especializado de extinción de dominio en Pereira, conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustanciador y un (1) cargo de Citador.

7. Un (1) Juzgado Penal de Circuito Especializado de extinción de dominio en Villavicencio, conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustanciador y un (1) cargo de Citador.

*PARÁGRAFO: Estos despachos iniciarán su funcionamiento cuando se certifique el ingreso de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme lo ordenó el artículo 215 de la Ley 1708 del año 2014 y la Ley 1743 de 2015, artículo 2º.* (Resalta la sala).

Se precisó además en el artículo 51 del referido acto administrativo que la segunda instancia de los procesos de conocimiento de los Jueces de Extinción de Dominio, se debe surtir ante la Sala de Extinción de Dominio de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

*“SEGUNDA INSTANCIA DE LOS PROCESOS DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. La segunda instancia de los procesos de los Jueces penales del circuito especializados de extinción de dominio del territorio nacional, se debe surtir ante la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”.*

## **b. Funciones administrativas en la Rama Judicial**

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, distinguió entre la función jurisdiccional propia del cuerpo de jueces que integran la Rama Judicial, y las funciones administrativas atinentes a la capacidad de autogestión o gobernanza interna de la Rama. En esta dirección, el Título IV de dicha ley, denominado “*De la administración, gestión y control de la Rama Judicial*” establece y regula las funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, así como también las funciones, actividades y tareas administrativas a cargo de las diferentes corporaciones y despachos judiciales.

Igualmente, como lo ha indicado esta Sala<sup>10</sup>, la Rama Judicial cuenta con una estructura organizacional compuesta por diferentes niveles o grados de autoridad, dentro de los cuales se ubican los distintos jueces, tribunales y demás corporaciones judiciales, en la forma establecida en la Carta Política y en el artículo 11 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

10 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 2 de octubre de 2014, Radicación 1100103 06 000 2014 00121 00.

Bajo este contexto, en la estructura organizacional de la Rama es posible identificar dos categorías de superioridad jerárquica: i) los *superiores jerárquicos en el orden jurisdiccional* (o funcional) y ii) los *superiores jerárquicos en el orden administrativo*. Ambas categorías se predicán de los funcionarios judiciales, tal como lo reconoce el artículo 5° al disponer:

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

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

Por lo tanto, los empleados y funcionarios judiciales disponen de superiores en el plano funcional y en el campo administrativo, calidades que algunas veces coinciden y otras no, en las mismas personas o corporaciones. En otras palabras, no es lo mismo un superior en el orden jurisdiccional que un superior en el orden administrativo, aunque pueda ocurrir que tales calidades confluyan en un mismo servidor o en una misma corporación de la Rama Judicial.

De esta suerte, pueden existir órganos y empleados que tengan la calidad de superiores de empleados y funcionarios judiciales para ciertos asuntos o tareas administrativas específicas, como ocurre en lo referente a la carrera judicial, o a la definición de los horarios y condiciones físicas y operativas para la prestación del servicio al público, entre otros, sin que lo anterior signifique que dichos superiores tengan sobre los referidos empleados y funcionarios, en el desempeño de sus deberes jurisdiccionales, facultades de control, revisión, tutela, supervisión o alguna otra que denote superioridad jerárquica en el ámbito funcional.

Las Altas Cortes y los tribunales, bien sea por medio de sus órganos de gobierno o de sus salas, ejercen numerosas funciones de naturaleza administrativa en su condición de superiores jerárquicos. Entre estas se destacan el nombramiento de funcionarios y empleados judiciales, la verificación de requisitos para el desempeño de los cargos y la provisión de los empleos, entre otros; temas todos que conciernen directamente a la organización interna y al adecuado funcionamiento de la Rama.

En esta dirección, el artículo 20 de la Ley Estatutaria estableció que una de las funciones que le corresponde a la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, es la de:

*“1. Elegir los jueces del respectivo Distrito Judicial, de listas elaboradas por la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura, en la calidad que corresponda, según el régimen de la Carrera Judicial”.* (Resalta la sala).

Igualmente, la citada ley en su artículo 131, determinó quiénes son las autoridades nominadoras de la Rama Judicial:

*“1. Para los cargos de las Corporaciones: Las respectivas Corporaciones en pleno.*

2. Para los cargos adscritos a las presidencias y vicepresidencias: La respectiva Corporación o Sala.

3. Para los cargos de las Salas: La respectiva Sala.

4. Para los cargos del despacho de los Magistrados: El respectivo Magistrado.

5. Para los cargos de Magistrados de los Tribunales: La Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, según el caso.

6. Para los cargos de Magistrados de los Consejos Seccionales: La Sala respectiva del Consejo Superior de la Judicatura.

**7. Para los cargos de Jueces de la República: El respectivo Tribunal.**

8. Para los cargos de los Juzgados: El respectivo Juez.

9. Para los cargos de Director de Unidad y Jefe de División del Consejo Superior de la Judicatura: La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

10. Para los cargos de los Consejos Seccionales de la Judicatura: La correspondiente Sala del respectivo Consejo Seccional; y,

11. Para los cargos de las Unidades del Consejo Superior de la Judicatura: Los respectivos Directores de Unidad". (Resalta la Sala).

De igual forma, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que los superiores administrativos o "jerárquicos" de los jueces y magistrados son sus respectivos nominadores, por regla general, pues a estos compete la mayor parte de funciones administrativas y las más importantes en relación con aquellos, si bien en algunos casos y para ciertos fines específicos, la ley señala otros superiores administrativos<sup>11</sup>.

## 5. Caso concreto

Para la Sala el Tribunal competente para realizar la asignación del Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. A esta conclusión se arriba teniendo en cuenta que este Tribunal:

i) Es el superior jerárquico administrativo del señalado Juez, y

ii) En virtud de los artículos 20 y 131 de la Ley 270 de 1996, tiene la competencia, a través de su Sala Plena para elegir los jueces del Distrito Judicial de Neiva, distrito al cual pertenece el Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva<sup>12</sup>.

11 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 10 de agosto de 2015, Radicación 1100103 06 000 2015 00065 00. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Decisión del 11 de marzo de 2015 Radicación 110010306000201400225 00 entre otros.

12 Ley 1708 de 2014, artículo 215. "CREACIÓN DE JUZGADOS. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creará las salas de extinción de dominio que se requieran para el eficaz y eficiente cumplimiento de las disposiciones del presente Código, asegurándose que como mínimo se creen salas en los tribunales de distrito judicial de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, y Cúcuta. Así mismo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judi-

Ahora bien, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió recientemente la Circular PSAC16-4, en la cual indicó que:

*“En atención a las comunicaciones de algunos Consejos Seccionales de la Judicatura solicitando se precise a qué autoridad le corresponde efectuar el nombramiento de los cargos de Jueces Penales de Circuito Especializado de Extinción de Dominio, creados mediante Acuerdo PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015, de manera atenta me permito comunicar a Ustedes que el nombramiento y posesión de los Jueces Penales de Circuito Especializado de Extinción de Dominio, corresponde al Tribunal Superior de Distrito Judicial en donde se encuentra la Sala Penal Especializada en Extinción de Dominio correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el artículo 215 de la Ley 1708 de 2014.”*

Aunque actualmente no existe Sala Penal Especializada de Extinción de Dominio en el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, como sí existe en el caso del Tribunal Superior de Bogotá, esta circunstancia no significa que el primero pierda la competencia para nombrar a los Jueces Penales de Circuito Especializado de Extinción de Dominio de su Distrito, y el segundo la asuma, por sí contar con la referida Sala, pues en todo caso, los artículos 20 y 131 de la Ley 270 de 1996 determinan con claridad que es la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial al cual pertenece el juez, la llamada a elegirlo. De esta suerte, al pertenecer el Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva al Distrito Judicial de Neiva, corresponde al Tribunal Superior de este Distrito la elección del referido funcionario.

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

### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar competente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva para nombrar al Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva.

**SEGUNDO:** Enviar el expediente de esta actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva para lo de su competencia.

**TERCERO:** Comunicar esta decisión a la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura y a la doctora Evedith Manrique Aranda.

---

*atura creará los juzgados especializados en extinción de dominio que considere necesarios para el eficaz y eficiente cumplimiento de las disposiciones de este código, conforme a las siguientes reglas (...) 2. En los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Ibagué, Bucaramanga, Tunja, Villavicencio, Neiva, Manizales, Pasto, y Florencia, se crearán como mínimo dos (2) juzgados Especializados en Extinción de Dominio. (Resalta la Sala) //Acuerdo PSAA15-10402 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. “ARTÍCULO 50. CREACIÓN DE JUZGADOS DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: Crear en los siguientes Distritos Judiciales, los despachos que se enuncian a continuación:(...) 5. Un (1) Juzgado Penal de Circuito Especializado de extinción de dominio en Neiva, conformado por Juez, un (1) cargo de Secretario, un (1) cargo de Auxiliar Judicial 2, un (1) cargo de Sustancador y un (1) cargo de Citador.” (Resalta la Sala) //“ACUERDO 87 de 1996, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. “Por medio del cual se fija la División del Territorio Nacional para efectos judiciales en la Jurisdicción Ordinaria y se dictan otras disposiciones”://LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y en especial las que le confieren los artículos 85 numeral 6, 89 y 200 de la Ley 270 de 1996 //ACUERDA// ARTICULO PRIMERO. –Para efectos judiciales, en lo relativo a la Jurisdicción Ordinaria general, el territorio nacional se dividirá en los Distritos Judiciales que se enlistan a continuación y cuyo nombre es el de la ciudad del Distrito que sirve de sede al correspondiente Tribunal Superior, excepto los Distritos de Cundinamarca y de Antioquia, cuyos Tribunales tienen sede en las ciudades de Santafé de Bogotá y Medellín, respectivamente: (...)16. EL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA, con sede en la ciudad de Neiva, comprende los siguientes circuitos judiciales: (...) 16.3 EL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA, con sede en el municipio de Neiva y conformado por los municipios de: AÍPE, ALGECIRAS, BARAYA, CAMPOALEGRE, COLOMBIA, HOBO, ÍQUIRA, NEIVA, PALERMO, RIVERA, SANTA MARÍA, TELLO, TERUEL, VILLA VIEJA, YAGUARÁ (...)”. (Resalta la Sala).*

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.



**3. Comisaría de Familia de Girón, Santander y Defensoría de Familia Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Santander.**

**Asunto: Proceso administrativo de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes. Pérdida de competencia por haber trascurrido más de cuatro meses desde que se inició el trámite sin que se haya proferido decisión definitiva.**

**Radicado 2016-00030**

Fecha: 05/07/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a estudiar el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

### **I. Antecedentes**

1. Con fundamento en el informe de la Policía Metropolitana de Bucaramanga en el cual comunicó que la adolescente B.D.P.S., se presentó ante esa autoridad, dijo que vivía en la calle porque su “nona la dejó abandonada” y solicitó ser entregada a la Comisaría de Familia (folio 1), el 22 de agosto de 2015<sup>1</sup> la Comisaría de Familia de Girón – Santander decretó medida de protección provisional de ubicación de la adolescente en la institución especializada Niños de Papel y ordenó la práctica de algunas diligencias (folios 4 a 5).

2. Mediante Resolución 064 de fecha 9 de diciembre de 2015, la Comisaría de Familia de Girón modificó la medida y en su lugar decretó la ubicación de la adolescente en el núcleo familiar de su cuñado y hermana, quienes residen en el municipio de Puerto Wilches (Santander). (Folios 36 y 37, cuaderno N° 2).

3. El 9 de diciembre de 2015, la Comisaría de Familia de Girón ordenó el traslado de las diligencias por competencia a la Comisaría de Familia de Puerto Wilches.

4. El 18 de enero de 2016 la adolescente B.D.P.S., se presentó en la Comisaría de Familia Turno 1 de Bucaramanga e informó que se había fugado de la casa de su hermana porque la obligaba a mendigar y no le daba de comer, razones que la llevaron nuevamente al consumo de sustancias psicoactivas.

5. La Defensoría de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del ICBF Regional Santander (Bucaramanga) mediante auto de fecha 26 de enero de 2016 decretó medida de protección provisional consistente en ubicación de la adolescente B.D.P.S., en la institución de protección Asociación Niños de Papel y ordenó remitir las diligencias por

<sup>1</sup> Aunque en el documento aparece el año 2014, se colige que el año correcto es 2015 porque la denuncia que dio origen a esta actuación es de fecha 22 de agosto de 2015.

competencia territorial a la Comisaría de Familia de Girón, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 96 y 97 de la Ley 1098 de 2006.

6. El 1° de febrero de 2016 la Comisaría de Familia de Girón se declaró incompetente para continuar el trámite porque conforme a lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 1098 de 2006, la competencia para adelantar los procesos de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se determina por el lugar de ubicación de los mismos y resolvió enviar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la adolescente B.D.P.S., a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a fin que se dirimiera el conflicto negativo de competencias.

## **I. Actuación procesal**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 45, cuaderno N° 1).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Comisaría de Familia de Girón, a la Defensoría de Familia Centro Zonal Luis Carlos Galán del ICBF Regional Santander, a la Comisaría de Familia de Puerto Wilches, a la Comisaría de Floridablanca, a la Comisaría de Bucaramanga, a la Personería de Bucaramanga, a la Personería de Girón, a la doctora Laura Victoria Santos y al señor Gustavo Manuel Sánchez León, con el fin de que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente. Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto se recibieron alegaciones de la Defensoría de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del ICBF Regional Santander.

## **II. Audiencia especial**

Ante las dudas que surgieron respecto del alcance de lo dispuesto en el numeral 16 del Artículo 21 del Código General del Proceso en relación con la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil para conocer de los conflictos de competencia entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías, en asuntos de familia, el Magistrado Ponente dentro del conflicto radicado con el N° 11001030600020160003800 citó a audiencia especial a las autoridades involucradas y a otras que pudieran contribuir a hacer claridad en relación con el tema. A continuación la Sala hace un resumen sucinto de lo expuesto por cada una de ellas:

### **1. Secretaría Distrital de Integración Social**

Sostuvo que la competencia para conocer de los conflictos de competencia entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías en asuntos de familia es de los Juzgados de Familia porque son los jueces naturales, ya que el conocimiento adquirido por su especialidad sobre el tema los hace más idóneos para resolverlos; además, el Decreto 2272 de 1989 mediante el cual se creó la jurisdicción especial de familia otorgó facultades a

la Defensoría de Familia para intervenir en los procesos que se adelantarán en los juzgados de familia.

## **2. Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar**

Afirmó que la competencia otorgada a los Juzgados de Familia para resolver los conflictos de competencia entre las diferentes autoridades en asuntos de familia es únicamente cuando estas actúen en ejercicio de función jurisdiccional. Para el caso de las comisarías, estas actúan como autoridad administrativa con funciones judiciales únicamente cuando tramitan “solicitudes de protección que formulen las personas por hechos de violencia intrafamiliar”; concluyó que la competencia atribuida a los Juzgados de Familia en el numeral 16 del artículo 21 del C. G. P., es únicamente para los procesos administrativos de violencia intrafamiliar.

## **3. Defensoría del Pueblo Delegada para los Derechos de la Infancia, Juventud y Adulto Mayor**

Manifestó que la competencia para conocer de los conflictos de competencia entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías es de los Juzgados de Familia no solo porque son la autoridad judicial especializada en la materia, sino porque la ley posterior rige sobre la anterior y la Ley 1564 de 2012 (CGP) es ulterior a la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que le había otorgado competencia para conocer de los conflictos de competencia referidos a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

## **4. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social**

Con fundamento en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887 sobre la aplicación de la ley en el tiempo y lo dispuesto en el artículo 27 del C.C., la competencia para conocer de los conflictos de competencia en “asuntos de familia” es de los Juzgados de Familia; enfatizó en que las decisiones que las autoridades de familia profieren son de carácter administrativo.

## **5. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

La competencia para resolver los conflictos de competencia entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías es de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, porque las decisiones que profieren las autoridades de familia son de carácter administrativo y el objeto de la Ley 1564 de 2012 es regular la actividad procesal, entre otras, de las autoridades administrativas “cuando ejerzan funciones jurisdiccionales”.

Sostuvo que si bien la ley posterior prima sobre la anterior, en materia normativa la especialidad rige sobre la temporalidad, lo cual lleva a concluir que en asuntos administrativos, los artículos 39 y 112 del CPACA deben prevalecer sobre el numeral 16 del Artículo 21 del CGP, por ser el primero ley de carácter especial en relación con el segundo. Sostuvo que en Sentencia C-730 de 2008, la Corte Constitucional reafirmó la condición de autoridad administrativa de las comisarías y defensorías de familia y también que las decisiones proferidas por estas son de carácter administrativo “sin lugar al reconocimiento de funciones jurisdiccionales”.

## 6. Ministerio de Justicia

Toda vez que las autoridades de familia tienen funciones administrativas y judiciales, la competencia para resolver los conflictos de competencia que se originen entre comisarías y defensorías, inspecciones de policía y notarías será del Juzgado de Familia o de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dependiendo de la naturaleza de la decisión: si es jurisdiccional los primeros, si es administrativa la segunda.

## 7. Procuraduría Delegada para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia

Afirmó que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 277 de la C. P., 23 y ss. del Decreto 262 de 2000 y 95, 210 y 211 de la Ley 1098 de 2006, el competente para resolver el conflicto de competencias entre las autoridades administrativas mencionadas en el artículo 21 del C. G. P., es el Juez de Familia, en razón de la complementariedad existente entre las funciones del defensor y la jurisdicción de familia. Sostuvo que cuando el Juez de Familia asume la competencia por pérdida de la autoridad administrativa, esa actuación adelantada por el juez es jurisdiccional pese a que el trámite sea administrativo.

Manifestó que la Corte Constitucional ha señalado en varias ocasiones que tratándose de homologaciones y de la pérdida de competencia por vencimiento del término legal, la intención del legislador siempre fue que esas decisiones que se tomaran fueran calificadas por parte de una jurisdicción especial, lo que hace al Juez de Familia idóneo para ello, por lo que el traslado de competencia encuentra justificación en el grado de especialización en los asuntos de infancia, adolescencia y familia, aunque la exposición de motivos del numeral 16 del artículo 21 del C. G. P., no otorga mayor información al respecto.

Definió los asuntos de familia como todas aquellas relaciones jurídicas de orden personal y patrimonial que se presentan en el ámbito de la familia. Aseveró que la autoridad competente para resolver los conflictos de competencia que eventualmente se presenten entre funcionarios administrativos ubicados en distintas ciudades es el Juez de Familia del lugar de residencia del niño, niña o adolescente conforme lo dispone el artículo 97 de la Ley 1098 de 2006 y con fundamento en la prevalencia de esta norma sobre otras leyes.

Reiteró que en asuntos de familia las defensorías y comisarías de familia al igual que las inspecciones de policía y las notarías ejercen funciones mixtas, pues cumplen funciones administrativas, policivas y jurisdiccionales las que pueden ejercer pese a que no son autoridades jurisdiccionales, por disposición del artículo 116 de la C. P.; refirió que incluso de manera expresa las funciones que cumplen los defensores de familia en desarrollo de los procesos que se rigen por el C. G. P., tienen rango jurisdiccional.

Afirmó que el artículo 21 del C. G. P., no limita la intervención de los jueces de familia para resolver los conflictos de competencia cuando los funcionarios administrativos ejercen funciones jurisdiccionales, sino que está prevista cuando el conflicto se da en el marco de sus funciones en los asuntos de familia y de infancia y adolescencia, es decir al común de todas sus funciones administrativas, policivas y jurisdiccionales, dado que la norma no

hace distinción. En cuanto el procedimiento a aplicar para el trámite de los conflictos de competencia en los Juzgados de Familia, consideró que es el que se señala en el Título V, Capítulo I del C. G. P.

## **8. Instituto Colombiano de Derecho Procesal**

Sostuvo que aunque la única referencia que se hace en los antecedentes del Código General del Proceso en relación con la competencia para conocer de los conflictos de competencia entre las autoridades administrativas de familia, es el Juez de Familia quien la tiene, sin que sea óbice que se presente entre autoridades de distintas jurisdicciones territoriales, caso en el cual, en virtud del principio del interés superior, la competencia estará determinada por el lugar de residencia del niño, niña o adolescente.

Afirmó que no puede haber conflicto de competencias entre el Juez de Familia y las autoridades administrativas, porque este último funge como superior jerárquico para esos eventos sin que importe si la naturaleza del asunto que provocó el conflicto es jurisdiccional o administrativa, sino el carácter especial de ser un asunto de familia.

## **III. Argumentos de las partes**

En el presente conflicto, solo la Defensoría de Familia presentó alegaciones. De lo expuesto por la Comisaría de Familia en el escrito mediante el cual propuso el conflicto se extractarán las razones que tuvo para declarar su incompetencia.

### **1. Defensoría de Familia, Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del ICBF- Regional Santander**

Sostuvo que si bien es cierto en el presente caso el abandono familiar y el consumo de sustancias psicoactivas por parte de la adolescente B.D.P.S., son los hechos que originaron el proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos los cuales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 harían competente a la Defensoría de Familia, no lo es menos que el artículo 98 ibídem otorgó competencia subsidiaria a las Comisarías de Familia en aquellos lugares en donde no haya defensor de familia; asimismo afirmó que el artículo 97 de la norma en cita establece el lugar de residencia o ubicación del niño, niña o adolescente como factor determinante de la competencia.

Manifestó que ante la proximidad del vencimiento del término de cuatro meses que el legislador otorgó para la resolución del proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Comisaría de Familia de Girón debió proferir decisión de protección definitiva y no remitir las diligencias a otra comisaría.

Dijo que desconoce las actuaciones de la Comisaría de Familia de Girón en el proceso administrativo, pues el expediente no fue remitido a ese despacho, y que tampoco activó las redes de apoyo ni el Sistema Nacional de Bienestar Familiar para brindar ayuda a la familia en pro de la protección de los derechos de la adolescente, en especial el de no ser separada de la misma.

## 2. Comisaría de Familia de Girón

Afirmó que en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 1098 de 2006, carece de competencia para seguir conociendo del proceso de restablecimiento de los derechos de la adolescente B.D.P.S., porque por expresa disposición del artículo 97 de la Ley 1098 de 2006, así como lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>2</sup>, la competencia en materia de restablecimiento de derechos la determina el lugar de residencia del niño, niña o adolescente; en el caso bajo estudio, cuando se cambió la medida de protección a la adolescente, el señor Sánchez León, cuñado de ella, informó que residían en el municipio de Puerto Wilches (Santander), situación que provocó la pérdida de competencia de la autoridad administrativa de familia en Girón, por lo que procedió a ordenar la remisión de las diligencias a la Comisaría de Familia de Puerto Wilches.

Manifestó que si en el mes de enero de 2016 la adolescente se encontraba en Bucaramanga no comprende por qué las autoridades de familia de dicho municipio no realizaron las acciones pertinentes para la protección de los derechos de B.D.P.S.

## IV. Consideraciones

### 7. Competencia

#### a. Competencia a prevención de la Sala

Dado que el Código General del Proceso (en adelante CGP) entró a regir de manera integral en todo el territorio nacional el 1º de enero de 2016<sup>3</sup> y que dicho código le asigna a los jueces de familia la función de resolver “*los conflictos de competencia en asuntos de familia que se susciten entre defensores de familia, comisarios de familia, notarios e inspectores de policía*” (artículo 21-16), la Sala debe definir, en primer lugar, si tiene competencia o no para resolver el asunto que se ha sometido a su consideración.

Con este fin revisará: (i) la competencia general de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos para resolver los conflictos de competencias administrativas; y (ii) el alcance del numeral 16 del artículo 21 del CGP frente a la competencia general de la Sala en esta materia

#### i) **La competencia general del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos para resolver conflictos de competencias administrativas. Evolución normativa**

En vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso-Administrativo o CCA) la definición de competencias administrativas estaba prevista como una acción autónoma, de conocimiento de los tribunales administrativos y de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, así:

2 Trascibe apartes de lo expuesto por la Sala de Consulta dentro del conflicto radicado con el 11001030600020120001000 M. P. William Zambrano Cetina. 02/03/2012.

3 Artículo 627 y Acuerdo PSAA15-10392 del 1º de octubre de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura.

*“Artículo 88. Acción de definición de competencias administrativas. Los conflictos de competencias administrativas se promoverán de oficio o a solicitud de parte.*

*La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, ordenará remitir la actuación al tribunal correspondiente o al Consejo de Estado.*

*Recibido el expediente y efectuado el reparto, el consejero ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la sala plena debe resolver dentro de los diez (10) días.*

*Si ambas entidades se consideran competentes, remitirán la actuación al correspondiente tribunal o al Consejo de Estado y el conflicto será dirimido por el procedimiento prescrito en el inciso anterior.”*

Posteriormente, con la Ley 954 de 2005, los conflictos de competencias administrativas se concibieron como una actuación, etapa o incidente dentro del procedimiento administrativo, y se trasladó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la atribución que antes se encontraba en cabeza de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. La Ley 954 en cita adicionó un párrafo al artículo 33 del Código Contencioso-Administrativo y derogó el artículo 88 del mismo estatuto:

*“Artículo 4º. Conflictos de competencia. Adiciónese el artículo 33 del Código Contencioso-Administrativo con el siguiente párrafo:*

*“Párrafo. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

*Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

*En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes.*

*Derógase el artículo 88 del mismo Código Contencioso-Administrativo (Decreto número 01 de 1984)””.*

A partir de ese momento, la Sala de Consulta y Servicio Civil asumió la función de definir los conflictos de competencias administrativas entre autoridades del orden nacional<sup>4</sup>, mediante decisiones vinculantes y obligatorias para las entidades en conflicto.

<sup>4</sup> Los tribunales administrativos siguieron conociendo de los conflictos de competencias administrativas entre entidades del nivel territorial comprendidas dentro del área de su propia jurisdicción, de acuerdo con las competencias asignadas por la Ley 446 de 1998, que no fueron modificadas por

La anterior competencia se conservó en la Ley 1437 de 2011, que mantuvo además el espíritu de la Ley 954 de 2005, en el sentido de entender la definición de los conflictos de competencias administrativas como parte integral del procedimiento administrativo:

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

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

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones.

*Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.*

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

De manera concordante, el artículo 112 de la misma ley asigna a la Sala de Consulta la siguiente atribución:

*“Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil (...).*

*(...) La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:*

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

A partir de estas disposiciones, la Sala ha ejercido su competencia para resolver *conflictos de competencias administrativas* que reúnan las siguientes condiciones: (i) que el conflicto involucre al menos una autoridad del orden nacional, o autoridades territoriales que no estén sometidas a la jurisdicción de un solo tribunal administrativo; (ii) que existan al menos dos autoridades que reclamen o nieguen el ejercicio de una competencia; (iii) que el asunto



sea de naturaleza administrativa, y (iv) que el conflicto recaiga sobre un asunto particular y concreto.

Con base en lo anterior, la Sala se ha ocupado de resolver, entre otros, los conflictos de competencias administrativas que se suscitan entre comisarias de familia, defensorías de familia, inspecciones de policía y jueces de familia, dentro de los procedimientos administrativos de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

ii) **Alcance del artículo 21, numeral 16 del CGP frente a la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos para resolver conflictos de competencias administrativas**

Debe la Sala advertir, en primer lugar, que no resulta claro si el numeral 16 del artículo 21 del Código General del Proceso, al asignar a los jueces de familia la función de resolver los conflictos de competencia en asuntos de familia que se presenten entre comisarios de familia, defensores de familia, inspectores de policía y notarios, quiso referirse solamente a los conflictos competenciales que se susciten entre tales autoridades cuando ejerzan excepcionalmente funciones jurisdiccionales, o también cuando ejerzan funciones administrativas.

A este respecto, los antecedentes de la norma resultan escasos, contradictorios y casi crípticos.

Sin embargo, aun si dicho numeral pudiera interpretarse en el sentido de que la nueva función asignada a los jueces de familia comprende la resolución de los conflictos de competencias *administrativas* que se presenten entre las autoridades mencionadas, es decir, cuando ejerzan funciones administrativas<sup>5</sup>, la Sala considera que dicha disposición no ha derogado ni modificado las normas del CPACA, que fijan las competencias del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos en esta materia, por las razones que se explican a continuación:

- a. Lo primero que debe observarse es que el Código General del Proceso no derogó ni modificó en forma expresa ninguna de las disposiciones señaladas del CPACA.

En efecto, basta con revisar las normas de la Ley 1564 de 2012, especialmente aquellas que integran su título V (“otras modificaciones, derogaciones y vigencia”), para encontrar que ninguna de estas se refiere a los artículos 39, 112, numeral 10 y 151, numeral 3 del CPACA.

Sin embargo, la Ley 1564 sí derogó y modificó expresamente otras normas de la Ley 1437 de 2011, como los artículos 71, 199, 215, 247 y 309<sup>6</sup>. De manera que es claro para la Sala que no fue intención del legislador derogar ni modificar los artículos 39, 112, numeral 10 y 151, numeral 3 del CPACA.

5 De hecho en la exposición de motivos se lee: “... administrativas...” *Gaceta del Congreso* 119 del 29 de marzo de 2011.

6 Ver los artículos 612, 623 y 626, literal a) del Código General del Proceso, corregido por el artículo 16 del Decreto 1736 de 2012.

- b. Habría que analizar, entonces, si el artículo 21, numeral 16 del Código General del Proceso modificó tácitamente las disposiciones mencionadas del CPACA, en el sentido de *sustraer* de la competencia asignada al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos para resolver conflictos de competencias administrativas, aquellos que se susciten entre comisarios de familia, defensores de familia, inspectores de policía y notarios, en asuntos de familia.

Tal como ocurre con la derogatoria tácita, para la modificación tácita de una norma se requeriría que existiera cierta contradicción o incompatibilidad entre la disposición anterior y la nueva, de tal manera que, al menos parcialmente, las dos normas no puedan coexistir. A este respecto, la Sala se pregunta si el hecho de que el artículo 21, numeral 16 del CGP haya otorgado a los jueces de familia la función de resolver los conflictos de competencia que se presenten en asuntos de familia entre las autoridades mencionadas, resulta opuesto o incompatible con lo dispuesto para el Consejo de Estado y los tribunales administrativos en los artículos 39, 112 numeral 10, y 151, numeral 3 del CPACA.

La respuesta sería afirmativa si la competencia de las autoridades judiciales tuviera que ser siempre y necesariamente privativa o excluyente, de forma tal que una vez asignado por la ley el conocimiento de un asunto a determinada clase de jueces o tribunales, el mismo legislador no pudiera asignarlo a otros jueces o tribunales, salvo eliminando la competencia otorgada a los primeros.

Pero esto no ocurre así, dado que, por una parte, el Congreso de la República tiene una amplia facultad de configuración para regular los procedimientos judiciales y administrativos y, dentro de ellos, señalar las competencias de las autoridades en la forma que lo estime más conveniente, siempre que al hacerlo se ajuste a las normas y principios constitucionales, así como a los fines perseguidos con tales procedimientos. Y por otra parte, las normas procesales ofrecen múltiples ejemplos de asuntos que pueden ser conocidos en forma concurrente por distintos jueces, tribunales o corporaciones judiciales, e incluso por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales<sup>7</sup>.

Cuando esto sucede, la elección del juez o tribunal (genéricamente designado) ante el cual debe presentarse la demanda, el recurso o la petición de que se trate, le corresponde al actor, y una vez que el juez o el órgano judicial al cual le haya sido repartido el asunto avoque su conocimiento, este debe tramitar el proceso o la actuación hasta su terminación, desplazando de esa forma a los demás jueces o tribunales que serían competentes. Esto es lo que se llama “competencia a prevención”.

Por lo tanto, como el legislador bien puede establecer una nueva competencia para determinados funcionarios judiciales, sin eliminar ni modificar la competencia que para conocer el mismo asunto había asignado previamente a otros jueces y tribunales, no existe evidencia clara ni razón lógica que lleve a concluir necesariamente que el artículo 21, numeral 16 del CGP derogó (parcialmente) o modificó alguna norma del CPACA.

<sup>7</sup> Tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Civil derogado y en otros estatutos procesales. Del primero, pueden consultarse, por ejemplo, las siguientes normas: el artículo 17, numerales 2, 3 y 9, el artículo 18, numerales 4, 5, 6 y 7, el artículo 19, numeral 2, el artículo 20, numerales 2, 3, 8 y 10, el artículo 22, numerales 3, 9, 20 y 21, y el artículo 24, párrafo primero. Y del Código de Procedimiento Civil (derogado), puede citarse el artículo 18.

Lo que podría inferirse, entonces, es que la norma citada, al disponer que los conflictos que se presenten en asuntos de familia entre los comisarios de familia, los defensores de familia, los inspectores de policía y los notarios puedan ser resueltos por los jueces de familia en única instancia, fue *agregar* una nueva competencia para conocer y resolver tales controversias, a la que ya estaba asignada al Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – y a los tribunales administrativos en el CPACA. En esa medida, la competencia de las autoridades judiciales indicadas debe entenderse *a prevención* en relación con los asuntos en los cuales concurren, pues la ley no dispuso que la atribución de los jueces de familia fuera exclusiva o excluyente.

A este respecto, debe recordarse que ni la Sala de Consulta y Servicio Civil ni los tribunales administrativos resuelven conflictos de jurisdicción, así como tampoco conflictos que se presenten entre autoridades administrativas en el ejercicio de la función judicial. Por otra parte, los tribunales administrativos solamente resuelven los conflictos de competencia administrativa que se presenten entre autoridades territoriales que pertenezcan al mismo departamento o, según el caso, que estén bajo la jurisdicción del mismo tribunal.

En esa medida, si se presenta, por ejemplo, un conflicto de competencias administrativas entre un comisario de familia y una defensoría de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el mismo podría ser conocido y resuelto por la Sala de Consulta y Servicio Civil, sin perjuicio de que también pueda ser conocido y solucionado por un juez de familia, en el evento de que alguna de las autoridades en conflicto lo envíe primero a dicho juez y este asuma la competencia. Huelga aclarar que un mismo conflicto de competencias no podría ser remitido a la Sala y a un juez de familia, ni podría ser tramitado simultáneamente por las dos autoridades.

Del mismo modo, si un conflicto de esta clase se presenta, por ejemplo, entre dos comisarías de familia del mismo departamento, dicha controversia podría ser dirimida por el tribunal administrativo que ejerza jurisdicción en el respectivo departamento, o bien por los jueces de familia, según sea la corporación judicial o el juez que lo haya conocido primero.

- c. Uno de los criterios que han sido acogidos en forma casi unánime por la jurisprudencia y la doctrina, para resolver conflictos de normas y también para interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, es el de la especialidad, de acuerdo con el cual la disposición especial prefiere o prevalece sobre la general.

A la luz de dicho criterio podría pensarse, en principio, que el artículo 21, numeral 16 del Código General del Proceso es una norma especial, por lo cual debería aplicarse de preferencia sobre las disposiciones del CPACA. Sin embargo, aparte de lo indicado en el literal anterior sobre la posibilidad de que el legislador establezca competencias a prevención, la especialidad de la norma del CGP resulta discutible en este caso.

En efecto, si bien es cierto que dicho precepto se refiere, en particular, a los conflictos de competencia en asuntos de familia que se susciten entre comisarios y defensores de familia, inspectores de policía y notarios, por lo cual resultaría especial frente a las normas del CPACA que aluden, en general, a los conflictos de competencias administrativas que se generen,

sobre cualquier asunto o materia, entre cualesquiera autoridades o particulares en ejercicio de funciones públicas, no puede soslayarse la consideración de que el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 establece un **procedimiento especial** para la formulación y la resolución de los conflictos de competencias administrativas, como una etapa o incidente que puede presentarse dentro de las actuaciones administrativas. Este trámite especial, como puede verse en la norma citada, no se inicia cuando el Consejo de Estado o los tribunales administrativos reciben el escrito con el cual se pide resolver el conflicto, sino desde antes, es decir, desde el momento en que una autoridad se declara incompetente, luego de haber recibido el asunto por remisión de otra autoridad que también se declaró sin competencia (en el caso de los conflictos negativos), o desde que una autoridad se declara competente, luego de que otra también se ha considerado competente para el mismo asunto (conflictos positivos). Esta es la razón por la cual la norma citada está incorporada dentro de la parte I del CPACA, que regula justamente el procedimiento administrativo.

En esa medida, es claro para la Sala que el artículo 39 del CPACA es norma especial frente a las disposiciones del CGP (incluyendo el artículo 21, numeral 16), en tanto establece el procedimiento **especial** para resolver los conflictos de competencias que pueden darse **en el curso de las actuaciones o procedimientos administrativos**, trámite especial que no se encuentra ni podría encontrarse regulado en el CGP. El artículo 21, numeral 16 de este código se limita a señalar una función para los jueces de familia, sin indicar cuál es el procedimiento que deben aplicar, y sin especificar si los conflictos de competencia que aquellos deben resolver son los que surjan del ejercicio de las funciones judiciales que la ley ha asignado a las autoridades administrativas citadas, o también del ejercicio de sus funciones administrativas.

Dado lo anterior, como el artículo 39 del CPACA es una norma especial, no podría ser derogada ni modificada por otra disposición expedida posteriormente, aunque esta última sea también especial en otro aspecto o desde otro punto de vista, a menos que los dos preceptos se refirieran a la misma materia y existiera entre ellos una verdadera incompatibilidad o contradicción que no permitiera la coexistencia de ambos.

- d. Por otra parte, es importante recordar que la Constitución Política consagra directamente la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 236 a 238), como una jurisdicción especializada para conocer y resolver los conflictos y diferencias jurídicas que se susciten entre los particulares y las autoridades públicas, o entre dos o más autoridades. Dentro de este marco constitucional, la ley ha asignado a dicha jurisdicción y, particularmente, al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos, la función de resolver los conflictos de competencias administrativas que puedan originarse entre entidades públicas. Tal atribución estaba prevista antes en el Código Contencioso-Administrativo, y sigue consagrada actualmente (con algunas diferencias sustanciales) en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo.

Desde ese punto de vista, la Sala considera que podría ser inconstitucional una interpretación que privara o sustrajera a la jurisdicción contencioso-administrativa de la función de dirimir los conflictos de competencias administrativas que se presenten entre cierto grupo de entidades y servidores públicos (comisarios, defensores, inspectores y notarios), en asuntos que la

ley y la jurisprudencia constitucional han calificado expresamente como administrativos<sup>8</sup>, como ocurre con el procedimiento de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, resultaría armónica desde el punto de vista constitucional, una interpretación que concluyera que la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo no ha perdido la atribución de resolver esa clase de conflictos de competencia, sin perjuicio de que la ley haya otorgado también esa facultad a los jueces de familia.

No sobra advertir que el trámite legislativo del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, correspondió, en parte, a los mismos miembros del Congreso de la República<sup>9</sup>, con lo que resulta obvio que el cuerpo legislativo era concededor de las competencias atribuidas en el CPACA al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, y a los tribunales administrativos en punto a los conflictos de competencias, y mal podría entenderse que su voluntad fuese diferente a la de consagrar en el CGP la competencia prevalente que soporta esta decisión.

Una inteligencia distinta endilgaría de manera infundada, al mismo cuerpo legislativo, haber incurrido en una conducta inconsistente e incongruente, máxime cuando dentro de la historia legislativa no se registra una expresión en ese sentido que permita inferir la interpretación contraria.

- e. Finalmente, pero no con menor importancia, debe señalar la Sala que la interpretación que se prohija, esto es, la de considerar que el artículo 21, numeral 16 del CGP no eliminó la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de los tribunales administrativos para conocer de los citados conflictos de competencia, sino que creó una competencia concurrente y a prevención para tales conflictos entre dichas corporaciones judiciales y los jueces de familia, es la solución que favorece el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y la protección reforzada que a tales personas debe brindarse, por mandato de la Constitución Política, la ley y el derecho internacional.

Aclara la Sala que este no es argumento de conveniencia, como podría parecer a simple vista, sino esencialmente jurídico, en la medida en que la Carta Política, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el Código de la Infancia y la Adolescencia, obligan a todas las autoridades –judiciales y administrativas– a proteger el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, para lo cual deben interpretar y aplicar las normas jurídicas en la forma en que mejor se proteja y se garantice dicho interés.

8 En relación con la posición de la jurisdicción contencioso-administrativa en la arquitectura constitucional y su función de control a la administración, la Corte Constitucional ha señalado (Sentencia C-713 de 2008, apoyada en la C-426 de 2002):

*“La Corte ha aludido a la existencia de una justicia especializada con la función específica de decidir las controversias originadas en la actividad de las entidades estatales y de los particulares que cumplen funciones administrativas, previendo de esta forma una gama de acciones al respecto. Ha dicho al respecto:*

*“Como es sabido, la Constitución Política y las leyes le han asignado a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, la función específica de juzgar las controversias jurídicas que se originen en la actividad de las entidades estatales y de los particulares que cumplen funciones administrativas. En estos casos, la cuestión litigiosa y el correspondiente control judicial por parte de esta justicia especializada, surge cuando la Administración o quien hace sus veces, en cumplimiento de los deberes asignados y con ocasión de sus reglamentos, actos, hechos, omisiones, contratos y operaciones administrativas, ha desconocido la normativa que regula la actividad pública y ha lesionado derechos e intereses de la comunidad, de los particulares o de otras entidades u organismos estatales.” (Se resalta).*

9 Los debates del proyecto de CPACA se dieron en la Cámara de Representantes en el segundo semestre de 2010, es decir, al iniciar el período de 4 años 2010-2014, de quienes la integran. Y el proyecto de CGP se debatió durante los años 2011 y 2012.

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 44 de la Constitución Política establece los derechos fundamentales de los niños y las niñas, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y prescribe que “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, y que forma parte del “bloque de constitucionalidad”, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta, establece que “[e]n **todas las medidas** concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, **los tribunales**, las autoridades administrativas o **los órganos legislativos**, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3, numeral 1) (subrayas añadidas).

En desarrollo de estas disposiciones de rango superior, los artículos 6 y 9 de la Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, disponen en lo pertinente:

“Artículo 6°. **Reglas de interpretación y aplicación.** Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, **en especial la Convención sobre los Derechos del Niño**, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. **En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.** (...)”

“Artículo 9°. **Prevalencia de los derechos.** En todo acto, **decisión o medida** administrativa, **judicial** o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, **prevalecerán los derechos de estos**, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. **En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente**”. (Se resalta).

Como puede apreciarse, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, que forma parte del “bloque de convencionalidad”, como el Código de la Infancia y la Adolescencia, imponen explícitamente a todas las autoridades administrativas, judiciales y legislativas, el deber de adoptar las medidas que más favorezcan el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y que protejan de la manera más efectiva sus derechos fundamentales. Específicamente ordenan que en la hermenéutica y en la aplicación de las normas jurídicas, se prefiera la disposición que más se ajuste a ese interés y a tales derechos. En esa medida, la Sala entiende que cuando una o varias normas jurídicas pueden ser interpretadas válidamente de distintas formas, debe preferirse indudablemente aquella interpretación que proteja de la mejor manera posible el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y que permita garantizar con mayor efectividad sus derechos fundamentales.

La Sala encuentra que tres interpretaciones posibles podrían darse al numeral 16 del artículo 21 del CPG, es decir: (i) que dicha norma estableció como función *privativa* de los jueces de familia, la de resolver los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de

familia entre comisarios de familia, defensores de familia, inspectores de policía y notarios, despojando, por lo tanto, al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos de dicha atribución; (ii) que la nueva función entregada a los jueces de familia se refiere solamente a los conflictos que surjan entre las autoridades mencionadas **cuando ejerzan funciones jurisdiccionales** en asuntos de familia, quedando incólume la atribución asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver los conflictos de competencia **administrativa** entre los mismos servidores, y (iii) que la norma referida otorgó a los jueces de familia la función de resolver los citados conflictos de competencia que surjan entre las autoridades mencionadas en materia de familia, sin eliminar la función que ya tenían el Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil– y los tribunales administrativos, creando por esta vía una competencia *a prevención* entre las autoridades judiciales citadas. De las tres, esta última interpretación es la que permitiría velar de la mejor manera por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y la que otorgaría mayor eficacia a la protección de sus derechos.

En efecto, con tal interpretación: (i) se ampliaría la gama de autoridades que podrían resolver esta clase de conflictos, pues aparte del Consejo de Estado y los tribunales administrativos, ahora podrían hacerlo los jueces de familia, que se encuentran repartidos en todo el territorio nacional<sup>10</sup>, (ii) a pesar de dicha dispersión de autoridades, la Sala de Consulta y Servicio Civil podría seguir actuando como autoridad doctrinal y operar, en la práctica, como un órgano de unificación de la doctrina en esta materia. Sobre este último punto, vale la pena aclarar que si bien el Consejo de Estado no es superior jerárquico de los jueces de familia<sup>11</sup>, sí es “*el tribunal supremo de lo Contencioso-administrativo*” y el “*cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración*” (artículo 237 de la Carta Política), todo lo cual le permite crear una doctrina unificada y autorizada en materia de familia, como lo ha hecho efectivamente en varios asuntos<sup>12</sup>, sin perjuicio de la jurisprudencia que sobre esta misma materia produzcan la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Y (iii) la hermenéutica que conduce a la competencia concurrente a prevención resuelve posibles antinomias y lagunas, como las que podrían emerger en casos que envuelven municipios muy cercanos, o conurbados, por una parte, o en asuntos en los que el juez de familia termine por ser “juez y parte”.

## b. Competencia de la Sala respecto del caso concreto

Como se evidencia en los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre una autoridad del orden nacional y otra de orden territorial, la Defensoría de Familia Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento, Bucaramanga, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Santander, y la Comisaría de Familia de Girón, Santander,

10 Debe tenerse en cuenta que lo que se busca con este tipo de competencias a prevención es justamente evitar conflictos de competencia entre las autoridades administrativas o judiciales que deben resolver un determinado asunto, en la medida en que es el demandante o peticionario, según el caso, el que escoge la autoridad ante la cual presenta su demanda o solicitud, y una vez iniciado el procedimiento, la respectiva autoridad debe tramitar el asunto hasta su terminación.

11 Que pertenecen a la especialidad de familia, dentro de la jurisdicción ordinaria.

12 A este respecto, es importante recordar que desde la Ley 954 de 2005, que le confirió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la función de dirimir los conflictos de competencias administrativas mediante un procedimiento breve y ágil, la Sala ha resuelto una gran cantidad de conflictos que se han presentado entre autoridades administrativas, y de manera especial, a partir de la vigencia de la Ley 1098 de 2006, entre los defensores y los comisarios de familia.

Es así como la Sala, a lo largo de estos años, ha venido creando una importante doctrina jurídica en materia de familia, al resolver los conflictos de competencia que se suscitan entre defensores de y comisarios de familia, los cuales se han multiplicado en los últimos años en razón al creciente número de casos que deben conocer estas autoridades y a las diferencias de criterio que surgen a menudo entre ellas, sobre la competencia relacionada con diversas actuaciones y medidas que se producen dentro de los procedimientos administrativos de restablecimiento de derechos (PARD).

respectivamente. El asunto discutido es de naturaleza administrativa y es particular y concreto porque se refiere al proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de la adolescente B.D.P.S.

Se concluye, por lo tanto, que se reúnen los requisitos para el conocimiento de la Sala, pero esta debe declararse inhibida porque las autoridades administrativas perdieron competencia y el asunto debe pasar al Juzgado de Familia, por disposición del Código de Infancia y Adolescencia.

### **c. Términos Legales**

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo ordena:

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

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2° y 34 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben registrarse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6° de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutoria se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

## **2. Aclaración previa**

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto.



Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

### 3. Caso concreto

Tal como se señaló en los antecedentes, el conflicto de competencias sometido a decisión de la Sala se origina porque en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la adolescente B.D.P.S., la Defensoría de Familia, Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento, Bucaramanga, sostuvo que la competencia para continuarlo es de la Comisaría de Familia de Girón teniendo en cuenta que aún no se le han restablecido los derechos a la adolescente, ni existe acto administrativo que resuelva su situación jurídica y tampoco fallo. Explicó que si bien la Defensoría es competente, en los lugares donde no haya defensor de familia conocerá subsidiariamente la respectiva comisaría por disposición del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006.

Por su parte la Comisaría de Familia declaró su incompetencia con fundamento en el artículo 97 ibídem, porque el legislador radicó la competencia en la autoridad de familia del lugar de residencia del niño, niña o adolescente y según la propia manifestación de B.D.P.S., reside en el municipio de Floridablanca (Santander).

Del estudio de las diligencias aportadas a la Sala, se concluye que en el presente caso transcurrieron más de cuatro meses sin que se resolviera definitivamente la situación de la adolescente.

En efecto, la adolescente se dejó a disposición de la Comisaría de Familia de Girón el 22 de agosto de 2015, lo que implica que la fecha máxima en que debería proferirse fallo definitivo o resolver la reposición del mismo, si a ello hubiera lugar, era el 22 de diciembre de 2015 de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, que dispone textualmente:

“Artículo 100. Trámite.

*(...) Parágrafo 2°. En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad*

*administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar. // Excepcionalmente y por solicitud razonada del Defensor, el Comisario de Familia o, en su caso, el Inspector de Policía, el Director Regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga”.*

No obra en el expediente decisión anterior al 22 de diciembre de 2015 ni al 3 de febrero de 2016, día en que se recibió el conflicto en esta corporación. Lo que muestran los documentos, es el cruce de comunicaciones entre las autoridades sobre sus propias competencias.

La Sala ha reiterado<sup>13</sup> que para garantizar la pronta y efectiva restauración de la integridad e identidad de los niños, niñas y adolescentes, el legislador, en el parágrafo 2° del artículo 100 del mismo Código de la Infancia y la Adolescencia estableció un término de cuatro (4) meses para que las Comisarías y las Defensorías de Familia adelanten y concluyan las actuaciones administrativas de restablecimiento de derechos a su cargo; asimismo dispuso que en caso de que la actuación administrativa no se defina en los cuatro (4) meses indicados, dichas autoridades perderán la competencia y el proceso deberá remitirse a los jueces de familia para su decisión. Además, ha precisado la Sala que<sup>14</sup>:

*“... se tiene que la norma establece un límite temporal a la competencia general de las autoridades administrativas para adelantar las actuaciones administrativas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; vencido ese límite entra a operar una competencia de carácter excepcional atribuida a los jueces de familia, para que sean estos los que finalicen directamente el respectivo trámite...”<sup>15</sup>.*

Observa la Sala entonces que el vencimiento del término de cuatro (4) meses que tienen las autoridades administrativas para tramitar los procedimientos de restablecimiento de derechos, tiene dos efectos jurídicos:

- Uno, la pérdida de competencia de las autoridades administrativas.
- Dos, la radicación de la competencia en la autoridad judicial.

Respecto de este segundo efecto, el artículo 119 del mismo Código de la Infancia y la Adolescencia prevé de manera concordante lo siguiente:

*“Artículo 119. Competencia del Juez de Familia en Única Instancia. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: (...) 4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.”*

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. Nº 11001 03 06 000 2015 00027 00. M.P. William Zambrano Cetina. 29/05/2015

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 29 de mayo de 2015. Rad. Nº 1100030600020150002700. M.P. William Zambrano Cetina.

<sup>15</sup> *Ibidem* Página 9

En relación con la pérdida de competencia la Sala de Consulta ha sido clara en señalar que *“cuando se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, las autoridades administrativas pierden competencia y es el Juzgado de Familia el llamado a asumir la actuación, siempre, claro está, con observancia de la **inmediatez y sumariedad** que exige la protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes<sup>16</sup>”*<sup>17</sup>.

Ahora bien, como está documentado en el expediente que el 18 de enero de 2016 la menor B.D.P.S., manifestó que residía en el municipio de Floridablanca (Santander), el cual pertenece al Circuito Judicial de Bucaramanga, las diligencias deberán remitirse al Juzgado de Familia –Reparto– de esa capital en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

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

### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declararse inhibida para resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre Comisaría de Familia de Girón y la Defensoría de Familia Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Santander.

**SEGUNDO:** Enviar el expediente de la referencia al Juzgado de Familia –Reparto– de Bucaramanga de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006.

**TERCERO:** Comunicar la presente decisión a la Comisaría de Familia de Girón, a la Defensoría de Familia Centro Zonal Luis Carlos Galán del ICBF Regional Santander, a la Comisaría de Familia de Puerto Wilches, a la Comisaría de Floridablanca, a la Comisaría de Bucaramanga, a la Personería de Bucaramanga, a la Personería de Girón, a la doctora Laura Victoria Santos y al señor Gustavo Manuel Sánchez León.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

16 Al respecto ver Radicados Nros.: 11001030600020100001600, 11001030600020100008300, 11001030600020110000900, 11001030600020110002500, 11001030600020120006100, 11001030600020140005400, 11001030600020140007800, 11001030600020140012300

17 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 11001030600020150002700 M.P. William Zambrano Cetina 29/05/2015

#### **4. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).**

**Asunto: Régimen de transición en pensiones. Pensiones especiales por actividades de alto riesgo para la salud. Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes.**

**Radicado 2015-00206**

Fecha: 18/07/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

#### **I. Antecedentes**

1. El señor Daniel Antonio Solano Villa, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.255.227, nació el día 16 de noviembre de 1954 (folios 40 y 41).
2. El señor Solano, en calidad de empleado oficial, laboró en el Hospital Departamental de Sabanalarga (Atlántico) desde el 1° de enero de 1977 hasta el 8 de noviembre de 1984; en el Departamento del Atlántico –Servicios de Salud– desde el 24 de enero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1994; en el Hospital General de Barranquilla, desde el 24 de enero de 1985 hasta el 18 de octubre de 2004, y en la ESE Red Hospitalaria de Barranquilla (liquidada), desde el 19 de octubre de 2004 hasta el 23 de septiembre de 2009 (folios 23, 24, 25, 73, 74, 80, 81 a 93).
3. Durante su vinculación laboral con las entidades mencionadas, el solicitante se desempeñó como “*técnico imágenes diagnósticas*”, “*técnico área de salud – imágenes diagnósticas*”, “*técnico de rayos X*” y “*técnico de radiología*”, de acuerdo con las certificaciones laborales que obran en los folios indicados en el numeral anterior.
4. El señor Solano Villa, durante toda su vida laboral, cotizó para pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal). Sin embargo, con posterioridad al mes de julio de 2009, el solicitante quedó inscrito como afiliado “inactivo” al Instituto de Seguros Sociales, hoy en día a Colpensiones (folios 74, 80 al 81, 88 y 118 al 123).
5. Mediante apoderado, el señor Solano Villa solicitó el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez a Colpensiones, petición que fue negada por esta entidad mediante el acto administrativo N° 2013-7089082 del 3 de octubre de 2013, por considerar

- que: (i) el trámite no era viable, ya que la solicitud “*no paso* (sic) *validaciones de SABASS y ASOFONDOS*”, y (ii) el peticionario no se encontraba afiliado a Colpensiones (folio 4).
6. El 16 de octubre de 2013, el apoderado del señor Solano Villa presentó petición ante la UGPP para que le fuera reconocida y pagada su pensión especial de vejez (folios 68 al 70).
  7. Mediante el auto N° ADP 014432 del 30 de octubre de 2013, la UGPP decidió que de acuerdo con los certificados de servicio aportados, el actor adquirió el estatus jurídico de pensionado el 16 de noviembre de 2009, con el cumplimiento de la edad requerida, razón por la cual consideró que, en virtud del artículo 6° del Decreto 813 de 1994, le corresponde a Colpensiones el reconocimiento de la prestación solicitada (folio 26).
  8. Con posterioridad, el apoderado del señor Solano Villa reiteró la petición de reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor, tanto a Colpensiones como a la UGPP (folios 7 a 13, 27 y 28).
  9. El 10 de noviembre de 2014, mediante el Auto N° GNR 392540, Colpensiones resolvió declarar la “*pérdida de competencia*” frente al reconocimiento y pago de esta pensión de vejez y remitir el expediente administrativo a la UGPP, por considerar que el señor Solano Villa es afiliado a Colpensiones, pero sin historia laboral, y que el actor tiene aportes a otras cajas de previsión para ciclos posteriores al 30 de junio de 2009 (folios 7 a 10).
  10. El 15 de octubre de 2015, mediante el Auto N° 013025, la UGPP se abstuvo de pronunciarse frente a la nueva petición formulada por el señor Daniel Antonio Solano Villa, por haber incurrido en “*PÉRDIDA DE COMPETENCIA*”, debido a los antecedentes que se presentan en este caso, los cuales resume así:

*“Que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANA (sic)- hoy liquidada mediante Resolución 27872 del 21 de septiembre de 1998 negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor de SOLANO VILLA DANIEL ANTONIO...”*

*Que mediante Resolución 004464 del 21 de abril de 1999 se resuelve recurso de reposición confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución 24872 del 21 de septiembre de 1998.*

*Que mediante la Resolución 002007 del 8 de junio de 2000 se resuelve recurso de apelación y se confirma en todas y cada una de sus partes la Resoluciones Nos. 024872 del 21 de septiembre de 1998 y 004464 del 21 de abril de 1999.*

*Que mediante Resolución 34005 del 17 de julio de 2006 se niega el reconocimiento de una pensión de vejez a favor del interesado.*

*Que mediante Resolución 03246 del 4 de febrero de 2008 se resuelve recurso de reposición y se confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución 34005 del 17 de julio de 2006. (...).” (Folios 11 a 13).*

11. Finalmente, el señor Daniel Antonio Solano Villa, mediante apoderada, radicó ante la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado una solicitud para resolver el conflicto negativo de competencias que a su juicio existe entre Colpensiones y la UGPP, en relación con su solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de vejez (folios 1 al 3).

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos (folio 17). Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 (folios 18 y 9). Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala informando que Colpensiones y la UGPP allegaron sus alegatos o consideraciones.

El 18 de enero de la presente anualidad, el Consejero Ponente ordenó que se oficiara al señor Daniel Antonio Solano Villa y a su apoderada, para que allegaran al expediente el certificado de la historia laboral del actor, al igual que las peticiones presentadas por este ante Colpensiones y la UGPP, y un documento oficial que acreditara la edad del solicitante. El 28 de enero de los corrientes, la Secretaría de la Sala informó que se allegó un escrito presentado por la apoderada del señor Solano Villa, en setenta y dos (72) folios.

Asimismo, mediante auto del 11 de febrero de 2016, el Magistrado Ponente ordenó solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Alcaldía Distrital de Barranquilla y a la UGPP que certificaran si el señor Solano Villa había sido afiliado al ISS, hoy liquidado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009. El 22 y el 25 de febrero de 2016, la UGPP y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respectivamente, dieron respuesta a la mencionada solicitud (folios 118 a 128).

De conformidad con la documentación entregada por la apoderada del actor, dentro de la cual se encontró una remisión de documentos hecha por Cajanal en Liquidación al ISS el 26 de agosto de 2010, por considerar que el ISS era el competente para reconocer la pensión al señor Solano Villa, el Ponente ordenó a la UGPP, mediante auto del 18 de marzo de 2016, el envío de los siguientes papeles:

- Copia del formato de solicitud de pensión de vejez presentado por el peticionario el 12 de mayo de 1998.
- Copia de las Resoluciones Nos. 24872 de 1998, 4464 de 1999, 207 de 2000, 34005 de 2006, 3246 de 2008 y 202424 de 2009.
- Copia del formato de solicitud de pensión de vejez presentado por el actor el 3 de agosto de 2005.
- Copia del oficio proferido por el Ministerio de la Protección Social el 10 de marzo de 2008 a Cajanal EICE

- Copia del auto PAP N° 000726 del 10 de agosto de 2010, expedido por Cajanal EICE

En el mismo auto, este despacho ordenó que se oficiara al Juzgado Noveno Penal de Circuito de Bogotá, para que enviara los siguientes documentos:

- Copia del escrito de acción de tutela presentada por el señor Daniel Antonio Solano Villa, que dio origen al proceso N° 2006-00236.
- Copia del fallo de tutela proferido el 28 de junio de 2006, con radicación N° 2006-00236.
- Copia de la solicitud de incidente de desacato y del fallo respectivo, dentro de la Tutela N° 00236-2006.
- Copia del escrito de la Acción de Tutela presentada por el señor Daniel Antonio Solano Villa, que dio origen al Proceso N° 2007-00537.
- Copia del fallo de tutela proferido por ese despacho el 23 de noviembre de 2007, dentro de la Tutela N° 2007-00537.
- Copia de la Acción de Tutela presentada por el señor Daniel Antonio Solano Villa, dentro del Proceso N° 2007-00560.
- Copia del fallo de Tutela proferido por ese despacho el 4 de diciembre de 2007, dentro de la Tutela N° 2007-00560.
- Copia del escrito de solicitud de incidente de desacato, presentado ante el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, en la Tutela N° 2007-0537.
- Copia del fallo del incidente de desacato proferido el 23 de junio de 2008, dentro de la Tutela N° 2007-0537.

La Secretaría de la Sala informó que se allegaron escritos por parte de la UGPP en 16 folios, y por parte del Juzgado 36 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en nueve (9) folios (folio 165).

El Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito con Función de Conocimiento, previa aclaración sobre la denominación de ese despacho, que antes del 1° de mayo de 2011 era el Juzgado 9° Penal de Circuito, pero que se transformó en el actual con ocasión de la implementación del Sistema Penal Acusatorio, explica que dadas las circunstancias anteriores, fueron retirados la totalidad de expedientes de los procesos y actuaciones que había tramitado el Juzgado 9° Penal del Circuito, incluidos los de las acciones de tutela, los libros radicadores y los equipos de cómputo.

Informa, además, que revisados los archivos de lo entregado por el extinto Juzgado Noveno Penal del Circuito, las Tutelas números 2007-0537 y 2007-0560 se encuentran archivadas definitivamente, razón por la cual ese despacho procedió a ordenar su desarchivo, y requirió

al Archivo Central para que, en el término de tres días, remitiera los correspondientes expedientes.

En cuanto a la Tutela N° 2006-00236, informa que no encontró información, motivo por el cual solicitó al citado archivo los libros radicadores de las tutelas del año 2006, con el fin de verificar la información y su ubicación.

El 16 de mayo de 2016, la Secretaría del Juzgado 36 Penal del Circuito con Función de Conocimiento allegó al despacho copias de la Tutela N° 2007-0560. A pesar de que el fallo proferido en dicho proceso fue citado por Cajanal en Liquidación entre los documentos que le envió al Instituto de Seguros Sociales en relación con la pensión solicitada por el señor Solano (folio 104), la Sala observa que esta tutela fue promovida por la señora Helena Beatriz Mejía Cuello contra Cajanal, sin que en la misma interviniera el señor Solano y sin que aporte, por ende, información alguna para el presente conflicto. En relación con los otros fallos de tutela (los números 2006-00236 y 2007-0537), el mismo Juzgado informó que el Archivo Central no dio respuesta, a pesar de habersele solicitado el desarchivar y el envío de las respectivas copias en varias oportunidades. (Folio 167).

El día 1° de julio de 2016, se recibió memorial suscrito por la apoderada del peticionario, en el cual solicita que se dé pronta solución al conflicto de competencias, teniendo en cuenta que el señor Solano Villa es una “*persona de la tercera edad*” y que su estado de salud es precario, “*al haber trabajado por más de treinta años al servicio de la Red Hospitalaria en Rayos X*” (folio 189).

Así las cosas y sin que a la fecha se hayan enviado más documentos, esta Sala procede a resolver de fondo el presente asunto.

### **III. Argumentos de las partes**

#### **1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**

Después de hacer un recuento normativo sobre las competencias de cada de las entidades involucradas en el presente conflicto para el reconocimiento pensional, afirmó que el señor Solano Villa se encuentra dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y 15 años de servicio, por lo cual adquirió su estatus de pensionado el 16 de noviembre de 2009, fecha en la que cumplió 55 años de edad, encontrándose en ese momento afiliado a Colpensiones, toda vez que su vinculación como afiliado a Cajanal se dio hasta julio de 2009.

Por lo anterior, manifiesta que la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión del actor es Colpensiones, pues fue esta la entidad a la que el servidor estaba afiliado al momento de cumplir los requisitos para obtener su pensión de jubilación, de conformidad con el literal a) del Decreto 813 de 1994.



## 2. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

El argumento central de Colpensiones para negar su competencia en este asunto consiste en que si bien es cierto que para el 1° de julio de 2009, al actor le faltaba el requisito de la edad y lo cumplió encontrándose afiliado al Instituto de Seguros Sociales (ISS), este no efectuó ninguna cotización a dicha entidad ni a Colpensiones, razón por la cual la competencia para resolver la petición del actor era de Cajanal y actualmente de la UGPP.

### IV. Consideraciones

#### 1. Competencia

##### a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Como se evidencia en el análisis de los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, la UGPP y Colpensiones.

Por otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Daniel Antonio Solano Villa.

Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

##### b. Términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011

–

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*<sup>1</sup>. El artículo 21 *ibídem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

## 2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se hacen a aspectos fácticos o jurídicos propios del caso son las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la

1 La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”* // Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.”

autoridad que sea declarada competente, verificar las situaciones de hecho y de derecho involucradas en este asunto, y adoptar la respectiva decisión de fondo.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

### 3. Problema jurídico

En el presente conflicto de competencias administrativas, corresponde a la Sala definir cuál es la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada por el señor Daniel Antonio Solano Villa.

Para la resolución del problema jurídico planteado, es necesario analizar los siguientes puntos: (i) la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y del Instituto de Seguros Sociales (ISS), así como la entrada en funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones); (ii) la normativa especial en materia de pensiones para las personas que realizan labores de alto riesgo, y particularmente, las normas aplicables a los trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes, y (iii) el caso concreto.

### 4. Análisis normativo

#### a. La liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

La Caja Nacional de Previsión Social fue creada por la Ley 6ª de 1945<sup>2</sup> como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a la cual se le encomendó el reconocimiento y pago de las prestaciones de “*los empleados y obreros nacionales de carácter permanente*”<sup>3</sup>. Dicha entidad fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado mediante la Ley 490 de 1998<sup>4</sup>, y en materia pensional, se le asignó la tarea de continuar “*...con las funciones de trámite y reconocimiento de pensiones, así como con el recaudo de las cotizaciones en los términos establecidos por la ley...*” (artículo 4º *ibidem*).

Luego, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 155<sup>5</sup> de la Ley 1151 de 2007 (Plan

2 “Artículo. 18. El Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior. La organización de esta entidad se hará por el Gobierno antes del 1º de julio de 1945”.

3 Artículo 17.

4 “Artículo. 1º. Naturaleza jurídica. La Caja Nacional de Previsión Social, establecimiento público del orden nacional creado mediante la Ley 6a de 1945, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su régimen presupuestal y de personal será el de las entidades públicas de esta clase. Estará vinculada al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Para todos los efectos legales la denominación de la empresa es, Caja Nacional de Previsión Social y podrá utilizar la sigla “Cajanal”. (...)”

5 “Artículo 155. De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. Para el efecto, se autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administran estos riesgos o participen en el capital de las existentes o para que las entidades públicas enajenen alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas.

Nacional de Desarrollo 2006-2010), el Gobierno nacional, mediante el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009<sup>6</sup>, ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social, (Cajanal EICE).

En lo referente a la administración de los asuntos pensionales que estaban a cargo de dicha entidad, los artículos 3º y 4º del Decreto 2196 de 2009 dispusieron lo siguiente:

(i) La Caja Nacional de Previsión Social “...adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados **que hubieran cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia**” (artículo 3º, inciso segundo).

(ii) Cajanal EICE en Liquidación “...continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por la Ley 1151 de 2007” (artículo 3º, inciso segundo, aparte final).

(iii) La Caja Nacional de Previsión Social –(Cajanal EICE) en Liquidación– “...deberá adelantar todas las acciones necesarias para el **traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS...**” (artículo 4º). (Subraya la Sala).

Mediante el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), como una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

En materia pensional, la Ley 1151 atribuyó a la citada unidad “...el reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, **causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos,**

Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.

Esta Empresa tendrá domicilio en Bogotá, D. C., su patrimonio estará conformado por los ingresos que genere en desarrollo de su objeto social y por los aportes del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfieran la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás ingresos que a cualquier título perciba. (...) (Se resalta).

6 “Artículo 1º. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN. Suprimase la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) creada por la Ley 6a de 1945 y transformada en empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, mediante la Ley 490 de 1998, vinculada al Ministerio de la Protección Social. Para todos los efectos utilizará la denominación “Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en Liquidación”. (...) En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, dicha entidad entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, que podrá ser prorrogado por el Gobierno nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado”.

*nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003...*” (artículo 156, numeral 1°). (Se resalta). La misma ley otorgó al Gobierno nacional facultades extraordinarias para establecer las funciones de la entidad, entre otros fines, lo cual se hizo mediante el Decreto Ley 169 del 23 de enero de 2008<sup>7</sup>.

El artículo 1°, numeral 1° de dicho decreto dispuso que es función de la UGPP, “*el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como el de aquellos servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras. De igual manera, le corresponderá la administración de los derechos y prestaciones que reconocieron las mencionadas administradoras y los que reconozca la Unidad...*” (Se resalta).

Adicionalmente, la estructura y organización de la UGPP fue establecida mediante el Decreto 5021 de 2009, modificado por el Decreto 4168 de 2011 y luego subrogado por el Decreto 575 de 2013. El artículo 2° de este último ratifica que el objeto de dicha entidad incluye “...reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando”. Y con respecto a las funciones de la UGPP, el artículo 6° ibídem dispone, en su parte pertinente:

“ARTÍCULO 6°. FUNCIONES. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) cumplirá con las siguientes funciones:

1. Efectuar el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, **causados hasta su cesación de actividades como administradoras.**

2. Efectuar el reconocimiento de los derechos pensionales de los servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, **con anterioridad a la cesación de actividades de la administradora a la que estuviese afiliado**”. (Subraya la Sala).

Por otro lado, mediante el Decreto 4269 del 8 de noviembre de 2011, se distribuyeron unas competencias en materia de reconocimiento de derechos pensionales, entre Cajanal en Li-

<sup>7</sup> “Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social”.

quidación y la UGPP. En el artículo 1<sup>º</sup><sup>8</sup> se indicó que la UGPP sería la competente para resolver todas las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

Y finalmente, por medio del Decreto 877 del 30 de abril de 2013, se prorrogó por última vez, hasta el 11 de junio de 2013, el plazo dispuesto para la liquidación de Cajanal, establecido en el artículo 1<sup>º</sup> del Decreto 2196 de 2009.

Para sintetizar este recuento normativo, es del caso mencionar, entonces, que el Decreto 2196 de 2009 decretó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE); que la Ley 1151 de 2007 (artículo 156) y los Decretos 169 de 2008 y 575 de 2013 establecieron el objeto y las funciones de la UGPP, y que el Decreto 4269 de 2011 efectuó la distribución de competencias entre Cajanal en Liquidación y la UGPP. Además, en el citado Decreto 2196, el Gobierno nacional ordenó un traslado masivo de los afiliados cotizantes de Cajanal en Liquidación al Instituto de Seguros Sociales (ISS), que tuvo como fecha límite el mes de julio de 2009.

## **b. La liquidación del Instituto de Seguros Sociales y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**

El Instituto de Seguros Sociales fue creado mediante el artículo 8<sup>º</sup> de la Ley 90 de 1946 como un establecimiento público con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, encargado de la dirección y vigilancia de los seguros sociales.

Con la expedición de los Decretos 2011<sup>9</sup>, 2012<sup>10</sup> y 2013<sup>11</sup> del 28 de septiembre de 2012, el Gobierno nacional reglamentó la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y simultáneamente suprimió y declaró en estado de liquidación al Instituto de Seguros Sociales, ente otros asuntos; todo ello, a partir del 28 de septiembre de 2012.

8 "Artículo 1<sup>º</sup>. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. La ejecución de los procesos misionales de carácter pensional y demás actividades afines que se indican a continuación, será ejercida por la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) en los siguientes términos:

1. Atención de solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas.

Estarán a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) las solicitudes de reconocimientos de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

A cargo de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en Liquidación estarán las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2011.

2. Atención del proceso de administración de la nómina de pensionados.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) será la entidad responsable de la administración de la nómina a partir del mes de diciembre de 2011, incluido el reporte de las novedades que se generen al Administrador Fiduciario del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP).

Para efectos de la incorporación de las novedades de nómina originadas en la atención de las solicitudes que están a cargo de Cajanal EICE en liquidación, esta entidad deberá hacer entrega a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) de la información completa y necesaria para que se pueda efectuar dicha inclusión. 3. Proceso de Atención al Pensionado, Usuarios y Peticionarios.

A partir del 8 de noviembre de 2011, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) asumirá integralmente el proceso de atención a los pensionados, usuarios y peticionarios, así como la radicación de los documentos, independientemente de que los servicios requeridos se deriven de solicitudes que deban ser tramitadas por Cajanal EICE en Liquidación, de acuerdo con la distribución de competencias establecidas en el numeral 1 del presente artículo.

Parágrafo: En aquellos casos en que en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) se presente una solicitud prestacional que deba ser resuelta en forma integral con una solicitud de una prestación diferente que esté pendiente de resolver y que sea competencia de Cajanal EICE en liquidación, de acuerdo con lo definido en el numeral 1 del presente artículo, la UGPP será la entidad competente para resolver ambas solicitudes".

9 "Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)".

10 "Por el cual se suprimen unas dependencias de la estructura del Instituto de Seguros Sociales (ISS)".

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

Asimismo, en el Decreto 2011 de 2012 se estableció la competencia y el trámite a seguir para la atención de solicitudes de pensión y el cumplimiento de fallos de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, presentados o dictados con anterioridad a su vigencia. A este respecto, **el artículo 3° del citado decreto dispuso:**

*“ARTÍCULO 3°. OPERACIONES DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (Colpensiones). La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:*

*1. Resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo aquellas que habiendo sido presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales (ISS), o la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom) no se hubieren resuelto a la entrada en vigencia del presente decreto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 5° del mismo.*

*2. Pagar la nómina de pensionados que tenía a cargo el Instituto de Seguros Sociales (ISS)...*

*3. Ser titular de todas las obligaciones con los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales (ISS), y de los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom).*

*4. Administrar los Fondos de Reservas de Prestaciones de Vejez, Invalidez y Muerte que administraba el Instituto de Seguros Sociales (ISS)...*

*5. Efectuar el recaudo de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida...*

*(...)*

*PARÁGRAFO SEGUNDO TRANSITORIO. Los actos administrativos expedidos por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que no hubieren sido notificados a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, serán notificados por el Instituto de Seguros Sociales. Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se surta la notificación, el Instituto de Seguros Sociales remitirá los expedientes respectivos a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).”*

De esta forma, entonces, las funciones que hasta el 28 de septiembre de 2012 le correspondían al Instituto de Seguros Sociales en materia pensional, se reasignaron, a partir de esa fecha, a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) incluyendo el reconocimiento de los derechos pensionales que era competencia del ISS.

## **5. Conclusiones sobre el marco jurídico**

La interpretación integral y sistemática de las disposiciones tomadas en consideración permite a la Sala extraer las siguientes conclusiones en relación con la distribución de las competencias que actualmente tienen asignadas la UGPP y Colpensiones para reconocer y pagar pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida:

- d. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de aquellas personas que, antes del 1° de julio de 2009<sup>12</sup>, adquirieron el derecho a la pensión, es decir, cumplieron los requisitos de edad y número de semanas cotizadas o tiempo de servicios exigidos, siempre y cuando para entonces estuvieran afiliadas a Cajanal.

b. Compete también a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de aquellas personas que, estando afiliadas a Cajanal o a las otras cajas, fondos o entidades públicas autorizadas por el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 para administrar pensiones en el régimen de prima, cumplieron el requisito de tiempo de servicios (o número de semanas cotizadas) exigido por la ley, y se retiraron o desafilieron del régimen de prima media con prestación definida antes de la cesación de actividades de la respectiva caja, fondo o entidad.

c. En los demás casos (por ejemplo, quienes se trasladaron de Cajanal al ISS sin haber cumplido la edad exigida por la normativa que les era aplicable), el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida compete a Colpensiones, como administradora principal de dicho régimen.

## **6. Régimen de pensiones para las actividades de alto riesgo. Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes<sup>13</sup>**

### **a. Antes de la Ley 100 de 1993**

Antes de la creación del Sistema General de Seguridad Social, por parte de la Ley 100 de 1993, las pensiones de vejez y de jubilación, entre otras, estaban reguladas como una prestación social, que en muchos casos estaba directamente a cargo del empleador. En el caso de los trabajadores privados, la normativa que regulaba las citadas pensiones estaba contenida en el Capítulo II del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo. Dentro de dicho capítulo, los artículos 268 a 272 establecían un régimen especial de pensión (más favorable que el general) para los trabajadores que realizaran ciertas actividades y oficios calificados como “de alto riesgo”, entre las cuales no se incluía a los empleados expuestos a radiaciones ionizantes.

En lo que respecta a los empleados oficiales (empleados públicos, trabajadores oficiales y “empleados de la seguridad social”), su régimen pensional se encontraba contenido en el Decreto 1848 de 1969 (para no remontarse a épocas más antiguas) y posteriormente, en las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988. El Capítulo XII del decreto primeramente citado se refería a la pensión de jubilación y dentro de este, el artículo 69 establecía las excepciones al régimen general de pensiones para los empleados oficiales, dentro de las cuales tampoco se incluía a los empleados que trabajaran con rayos X ni, en general, a quienes estuvieran expuestos a radiaciones capaces de producir ionización.

Esta excepción tampoco quedó prevista expresamente en la Ley 33 de 1985, la cual se limitó a decir, en el inciso segundo de su artículo 1°, que “*no quedan sujetos a esta regla*

12 Fecha en la cual se realizó el traslado masivo de afiliados de Cajanal en Liquidación al ISS, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009.

13 De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), se entiende por radiación ionizante, “un tipo de energía liberada por los átomos en forma de ondas electromagnéticas (rayos gamma o rayos X) o partículas (partículas alfa y beta o neutrones)”. Fuente: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs371/es/>



*general los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.*

Fue solo más adelante que la actividad de las personas expuestas a radiaciones ionizantes se incluyó dentro de los trabajos de alto riesgo para la salud de los trabajadores, mediante el Acuerdo N° 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año. Sin embargo, tal normativa solo resultaba aplicable a los empleados afiliados al ISS, en su gran mayoría del sector privado, salvo algunos trabajadores oficiales de ciertas entidades (principalmente empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta) que excepcionalmente los afiliaron también al ISS. Por tal razón, el citado acuerdo no era aplicable a los empleados oficiales que estuvieran afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social y a otras cajas o fondos de previsión exclusivas del sector público.

## **b. Después de la Ley 100 de 1993**

La Ley 100 de 1993, mediante la cual se instituyó el Sistema General de Seguridad Social, del cual forma parte, como es sabido, el Sistema General de Pensiones, estableció los requisitos generales para la adquisición de la pensión de vejez, los cuales son aplicables a todos los empleados del sector privado y, a partir de la expedición del Decreto 691 de 1994<sup>14</sup>, a todos los servidores públicos.

Sin perjuicio de lo anterior, la misma ley reconoció la necesidad de establecer reglas especiales para la adquisición de la pensión por parte de aquellos empleados (privados u oficiales) que trabajaran en actividades que implicaran para ellos un riesgo superior al que están expuestos el resto de trabajadores, ya sea porque la realización de la actividad conlleve en sí misma un deterioro a la salud, o bien porque tengan mayores posibilidades de sufrir enfermedades profesionales o accidentes de trabajo.

En efecto, mediante el numeral 2° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, se otorgaron al Presidente de la República facultades extraordinarias para determinar las actividades de alto riesgo, entre otros aspectos, así:

*“Artículo 139. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses contados desde la fecha de publicación de la presente ley para: (...)*

*Determinar, atendiendo a criterios técnico-científicos y de salud ocupacional, las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, que requieran modificación en el número de semanas de cotización y el monto de la pensión. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión, se regirán por las disposiciones previstas en esta Ley, sin desconocer derechos adquiridos y en todo caso serán menos exigentes. Quedando igualmente facultado para armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles y*

14 “Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones”.

los periodistas con tarjeta profesional. Esta facultad incluye la de establecer los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador y del trabajador, según cada actividad. (...) (Negrillas ajenas al texto).

Asimismo, el artículo 140 de la citada ley prescribe:

*“Artículo 140. Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4ª de 1992, el Gobierno nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos. El Gobierno nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad”.* (Resaltamos).

Con base en la primera de las normas mencionadas, es decir, el artículo 139, numeral 2 de la Ley 100, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1281 de 1994<sup>15</sup>, cuyo artículo 1° señaló las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador:

*“Artículo 1°. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

*Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos*

*Trabajos que impliquen prestar el servicio a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles...*

*Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes*

*Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas”.* (Se resalta).

Con fundamento en el artículo 140 de la Ley 100, el Gobierno dictó el Decreto 1835 de 1994, “por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”, y en el cual no se incluyó el trabajo de los servidores públicos expuestos a radiaciones ionizantes.

Sin embargo, el inciso segundo del artículo 1° de este decreto dispuso que a los servidores públicos “les son aplicables las normas consagradas en los Decretos **1281 de 1994** y **1295 de 1994**” (subrayamos), entre otras disposiciones. Asimismo, el inciso tercero de la misma norma prescribió:

*“En virtud del Decreto 691 de 1994, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y sin perjuicio de los servidores beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma, no se reconocerán pensiones especiales **diferentes a las previstas en el presente decreto y en el Régimen General de Actividades de Alto Riesgo**”.* (Se destaca).

---

15 “Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo”.

Vale la pena aclarar que el “Régimen General de Actividades de Alto Riesgo” vigente a la sazón era justamente el contenido en el Decreto 1281 de 1994, antes citado. Lo anterior permite colegir que los servidores públicos que realizaran “*trabajos con exposición a radiaciones ionizantes*”, estaban cubiertos igualmente por las normas especiales sobre pensiones por actividades de alto riesgo para la salud, contenidas en el Decreto 1281 de 1994, en armonía con el Decreto 1835 de 1994.

Finalmente, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 17, numeral 2° de la Ley 797 de 2003<sup>16</sup>, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2090 de 2003, mediante el cual se unificó el régimen de pensiones por actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, tanto para los empleados privados como para los servidores públicos, y se derogaron expresamente los Decretos 1281 y 1835 de 1994. En el artículo 2°, numeral 3° del Decreto 2090 de 2003, se calificó expresamente como una actividad de alto riesgo para la salud de los empleados, los “*trabajos con exposición a radiaciones ionizantes*”.

Este conjunto de normas, si bien constituye un grupo de reglas especiales frente a los requisitos y condiciones generales previstos en la Ley 100 de 1993 para la adquisición de la pensión de jubilación, con el propósito de permitir el retiro anticipado de los empleados expuestos a riesgos más altos que el común de los trabajadores, no está por fuera del Sistema General de Pensiones regulado por la citada ley, ni conforma, en sentido estricto, un régimen excepcional, tal como lo aclaró la Corte Constitucional en la Sentencia C-651 de 2015<sup>17</sup>, en la cual manifestó sobre este punto:

*“17. (...) no pasa inadvertido para la Corte que, paralelamente, las pensiones de vejez de alto riesgo no solo se consideren especiales en el Decreto 2090 de 2003, sino que en efecto ofrecen un trato especial. En esencia, el beneficio que disponen consiste básicamente en que prevén una edad de 55 años para pensionarse, y admiten que la misma “se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años”. Sin embargo, esto no desvirtúa la pertenencia de las reglas sobre pensiones de alto riesgo al Sistema General de Pensiones, pues es un hecho objetivo que el fondo o sustrato normativo sobre el cual se construyen las pensiones de alto riesgo, es la estructura del régimen de prima media del Sistema General de Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003. Asunto distinto es que en sus normas el Decreto 2090 de 2003 provea un trato especial, lo cual es obvio pero insuficiente para equiparlo a la totalidad de un régimen especial o exceptuado, pues no toda diferencia de trato en pensiones equivale a la creación de un nuevo régimen y, como se acaba de ver, las reglas sobre la materia forman parte del régimen de prima media, y responden a características del Sistema General de Pensiones.*

*18. La consagración de reglas pensionales específicas para actividades de alto riesgo obedece entonces más a la necesidad de hacer ajustes puntuales a las reglas dentro del sistema general*

16 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”. El artículo 17 de esta ley otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para varios fines, entre ellos: “2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el **régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo** y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y **ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador**, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema”. (Se resalta).

17 Corte Constitucional, sentencia C-651 del 14 de octubre de 2015, expediente D-10685.

*–para que la regulación se adapte justamente a la realidad que debe proteger– que a la voluntad de crear en paralelo un completo sistema o régimen normativo distinto e independiente de los ya existentes... Lo cual es además explicable, pues las actividades de alto riesgo definidas en el Decreto 2090 de 2003 son aquellas que, según los considerandos de este último, “generan por su propia naturaleza la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independiente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo”... Para enfrentar esta realidad, y garantizar una pensión acorde con la dignidad humana, no es necesario crear un nuevo marco normativo totalmente independiente, al margen de los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, sino hacer ajustes razonables a las normas generales, que fue lo que hizo el legislador extraordinario...*

**19. En consecuencia, la Corte encuentra que el Decreto Ley 2090 de 2003 no contempla un régimen especial o exceptuado. (...)** (Subrayas añadidas).

Ahora bien, los artículos 3° y 4° del Decreto 2090 de 2003 establecen, hoy en día, los requisitos o condiciones para adquirir el derecho a esta pensión especial por parte de los trabajadores (de los sectores público y privado) que realicen cualquiera de las actividades señaladas en su artículo 2°, en los siguientes términos:

*“Artículo 3°. Pensiones especiales de vejez. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

*Artículo 4°. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

**1. Haber cumplido 55 años de edad.**

*2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.*

***La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años”*** (Resalta la Sala).

En este orden de ideas, observa la Sala que el beneficio real que las normas citadas establecen para las personas protegidas con la pensión especial por actividades de alto riesgo consiste en la posibilidad de pensionarse a una edad más temprana que el resto de los empleados afiliados al régimen de prima media con prestación definida, dentro del Sistema General de Pensiones, pues aquellos trabajadores pueden adquirir el derecho a la pensión **cuando cumplan 55 años de edad o antes, a partir de los 50 años**, siempre que para esa época acrediten el número mínimo de semanas exigido para la generalidad de los

empleados por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003<sup>18</sup> (de las cuales 700 semanas, por lo menos, deben corresponder a la “cotización especial” prevista en el Decreto 2090 de 2003), mientras que la edad exigida para el común de los afiliados al citado régimen es, actualmente, de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres (artículo 33 de la Ley 100, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003). Así se reconoce explícitamente en los “considerandos” del citado decreto, cuando expresa:

*“Que el beneficio conferido a los trabajadores de que trata el presente decreto consiste en una prestación definida consistente en acceder al beneficio pensional a edades inferiores a las establecidas para la generalidad de los trabajadores, en atención a la reducción de vida saludable a la que se ven expuestos y a la mayor cotización pagada por los empleadores”.* (Se destaca).

La cotización especial que menciona dicho decreto consiste, según el artículo 5° ejusdem, en una suma equivalente a diez (10) puntos adicionales al valor de la cotización establecida en forma general por la Ley 100 para el Sistema General de Pensiones, suma aquella que se encuentra exclusivamente a cargo del empleador.

Ahora bien, vale la pena mencionar que tanto este decreto como los derogados Decretos 1281 de 1994 y 1835 de 1994, contemplan un régimen de transición que es diferente y no debe confundirse con el régimen de transición general que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. A este respecto, el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 estatuye:

*“Artículo 6°. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

*Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003”.* (Negrillas fuera del texto).

Nótese que el primer inciso de la disposición transcrita se refiere al régimen de transición correspondiente a la normativa especial de las pensiones para las actividades de alto riesgo, mientras que el párrafo se refiere al régimen de transición general previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, una cosa es el régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100, cuyo efecto, para quienes cumplan los requisitos consagrados en dicha norma, es que pueden beneficiarse con la aplicación de la legislación anterior a dicha ley que regulara su derecho a la pensión (por ejemplo, la Ley 33 de 1985), y otra cosa es el régimen de transición que establecían los Decretos 1281 y 1385 de 1994, y que actualmente consagra el Decreto 2090 de 2003, pues si bien es cierto que puede haber trabajadores cobijados por los dos regímenes

---

18 En la actualidad, 1.300 semanas.

de transición, como por ejemplo, aquellos que tenían un régimen especial de pensión para actividades de alto riesgo **antes de la Ley 100 de 1993** y que cumplan las condiciones para beneficiarse del régimen de transición consagrado en el artículo 36 *ibídem*, también existen empleados que no son beneficiarios del régimen de transición general dispuesto en la norma citada, pero sí están protegidos con el régimen de transición que señala el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, con la consecuencia de que a dichos trabajadores se les aplica la normativa anterior que regulaba las pensiones especiales por actividades de alto riesgo, contenida, entre otros, en los Decretos 1281 y 1835 de 1994.

Es importante aclarar que en relación con el requisito de haber cotizado *“cuando menos 500 semanas de cotización especial”*, exigido por el artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003 para beneficiarse con el régimen de transición allí señalado, requisito que es diferente al de las 700 semanas de cotización especial que el mismo decreto exige para adquirir el derecho a la pensión especial, la Corte Constitucional, en sentencia C-663 de 2007<sup>19</sup>, lo declaró exequible en forma condicionada, bajo el entendido de que *“para el cómputo de las 500 semanas de ‘cotización especial’, se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo”*. Esta decisión obedeció a que la cotización especial para esta clase de pensiones fue establecida por primera vez en el Decreto 1281 de 1994, razón por la cual se pudo verificar que resultaba física y matemáticamente imposible que se hubiesen efectuado 500 semanas de cotización especial a favor de cualquier trabajador, en la fecha en que entró a regir el Decreto 2090 de 2003.

## 7. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta la situación fáctica que se presenta en este caso, la Sala concluye que la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional del señor Daniel Antonio Solano Villa es, en principio, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), conclusión a la que llega con fundamento en las siguientes consideraciones:

En los formatos F1 que la ley exige para certificar la historia laboral de los empleados con fines pensionales, consta que el señor Solano Villa laboró desde el 1° de enero de 1977 hasta el 23 de septiembre de 2009, con una sola interrupción entre el 9 de noviembre de 1984 y el 23 de enero de 1985, y que durante todo este tiempo ejerció el cargo de técnico en imágenes diagnósticas (rayos X), u otros equivalentes, en las diferentes entidades para las cuales laboró.

De acuerdo con lo anterior, el señor Solano Villa, al desempeñarse como técnico en imágenes diagnósticas o técnico en rayos X, es beneficiario de las condiciones especiales para la adquisición del derecho a la pensión establecidas para los trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003.

Según la información que reposa en el expediente, el señor Daniel Antonio Solano Villa laboró para el sector público, prestando sus servicios así:

19 Corte Constitucional, sentencia C-663 del 29 de agosto de 2007, expediente D-6603.

EMPLEADOR	ENTIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A LA QUE COTIZÓ	PÉRIODO		DÍAS
		Desde	Hasta	
Hospital Departamental de Sabanalarga	Cajanal	1º de enero de 1977	8 de noviembre de 1984	2827
Servicios de Salud del Atlántico	Cajanal	24 de enero de 1985	31 de diciembre de 1994	
Hospital General de Barranquilla	Cajanal	24 de enero de 1985	18 de octubre de 2004	6756
ESE RED HOSPITAL	Cajanal	19 de octubre de 2004	23 de septiembre de 2009	1474

Si bien observa la Sala una aparente incongruencia en los formatos y certificados mencionados, pues de acuerdo con dichos documentos el señor Solano Villa laboró para el Departamento del Atlántico –Servicio de Salud– entre el 24 de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1994, y para el Hospital General de Barranquilla entre el 24 de enero de 1985 y el 18 de octubre de 2004, con lo cual habría trabajado para las dos entidades simultáneamente entre el 24 de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1994, dicha situación debe ser verificada y aclarada por parte del peticionario y de la entidad que se declarará competente para pronunciarse de fondo sobre el reconocimiento y pago de la pensión reclamada. Además, esa aparente inexactitud no desvirtúa el hecho de que Daniel Antonio Solano estuvo laborando al servicio del Estado, sin interrupción, entre el 24 de enero de 1985 y el 18 de octubre de 2004 (dejando de lado, para estos efectos, el tiempo que trabajó entre el 1º de enero de 1977 y el 8 de noviembre de 1984).

En el caso particular, se encuentran en el expediente varios escritos de petición en los que el señor Solano Villa, directamente o mediante apoderado, solicitó en su momento a Cajanal el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, toda vez que consideraba ser beneficiario de este tipo de reconocimiento, por haber laborado durante toda su vida como técnico en imágenes diagnósticas (rayos X), actividad catalogada como de alto riesgo para la salud.

Frente a la primera petición realizada en el año de 1998, Cajanal, mediante la Resolución N° 24872 del 21 de septiembre de 1998, le dio respuesta negando el derecho a la prestación reclamada, bajo el argumento de que en ese momento el actor no cumplía con el requisitos exigidos por los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1281 de 1994 para tener derecho a la pensión especial de vejez, y menos aún los cumplía para obtener la pensión ordinaria prevista en la Ley 100 de 1993.

Contra esta resolución, el actor presentó los recursos de reposición y de apelación, los cuales fueron resueltos por Cajanal mediante las Resoluciones Nos. 02472 del 21 de septiembre de 1999 y 02007 del 8 de junio de 2000, respectivamente. En esta última, dicha entidad señaló que “[e]l señor DANIEL ANTONIO SOLANO VILLA nació el 16 de noviembre de 1954 cuenta con 45 años de edad (...) [l]aboró un total de 21 años, 01 meses y 06 días (...) [d]e lo anterior se concluye que el señor... **no reúne los requisitos para hacerse acreedor a la pensión especial de jubilación, consagrada en el Decreto 1281 de 1994, por no reunir el requisito de edad mínima de 50 años**” (folios 144 - 145 y 146 -147). (Resalta la Sala).

Posteriormente, frente al escrito que el solicitante presentó en el año 2005, de nuevo en ejercicio del derecho fundamental de petición, Cajanal emitió la Resolución N° 34005 del 10 de julio de 2006, en la cual remitió a la Resolución N° 24872 de 1998 y aclaró que la misma se encontraba en firme, por cuanto se habían resuelto los recursos interpuestos en su momento por el interesado.

Sin perjuicio de lo anterior, Cajanal transcribió en esta nueva resolución los artículos 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del Decreto 2090 de 2003, y definió la situación fáctica del actor, así:

Que el peticionario laboró un total de 10035 días, es decir, 1.433 semanas.

Que nació el 16 de noviembre de 1954 y contaba para el momento de la solicitud con 51 años de edad.

Que el último cargo que desempeñó fue el de técnico en imágenes diagnósticas.

De dicho análisis concluyó “que el peticionario a la fecha no reúne el requisito establecido en numeral segundo del artículo 4° del Decreto 2090 de 2003, toda vez que... cuenta con 51 años de edad, razón por la cual debe completar la edad de 55 años para pensionarse” (folios 150-151).

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, observa la Sala que el señor Solano Villa también es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En efecto, al entrar a regir el Sistema General de Pensiones en el Departamento del Atlántico, es decir, el 30 de junio de 1995, según consta en la certificación laboral expedida por la Gobernación de ese Departamento el 6 de agosto de 2013 (folio 81), el peticionario contaba con más de cuarenta (40) años de edad y había trabajado para el Estado por un tiempo superior a quince (15) años, razón por la cual cumplía los dos requisitos señalados por la disposición mencionada para ampararse con este régimen. En consecuencia, “[l]a edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez... será (sic) la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”, tal como lo estatuye la misma norma.

Por lo tanto, la Sala debe concluir que el régimen de pensiones aplicable al señor Solano Villa, por la remisión que ordena el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era el general de los empleados oficiales, contenido en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1° disponía en lo pertinente:



*“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (...).”*

De acuerdo con dicha normativa, el solicitante habría cumplido los requisitos exigidos para adquirir el derecho a la pensión el 16 de noviembre de 2009, al cumplir 55 años de edad, fecha para la cual la Caja Nacional de Previsión Social ya se encontraba en liquidación y sus afiliados cotizantes habían sido trasladados masivamente al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en cumplimiento de lo ordenado por el Decreto 2196 de 2009. En esa medida, la entidad competente para reconocer y pagar la pensión del peticionario era el ISS, y en la actualidad sería Colpensiones, tal como lo ha definido la Sala en múltiples ocasiones.

Sin embargo, no puede pasarse por alto la consideración de que al señor Solano Villa le es aplicable también otro régimen de pensiones, es decir, el previsto en la Ley 100 de 1993, con las condiciones especiales establecidas para los empleados que laboran o han laborado en actividades calificadas como de alto riesgo para la salud, entre ellas las que implican la exposición a radiaciones ionizantes (como los rayos X), como ya se explicó, y que el peticionario ha solicitado en reiteradas oportunidades la aplicación de tal régimen<sup>20</sup>.

La Sala considera importante resaltar que dicho régimen, en cuanto a los requisitos para adquirir la pensión de vejez, es distinto e incompatible con el régimen general para los empleados oficiales que estaba previsto en la Ley 33 de 1985, tal como se puede observar en el siguiente cuadro:

	EDAD	Nº SEMANAS COTIZADAS O TIEMPO DE SERVICIO
Ley 33 de 1985	55 años	20 años
Decreto 2090 de 2003	55 años, que pueden reducirse hasta 50 (uno menos por cada 60 semanas de cotización especial)	1.300 semanas (actualmente), de las cuales 700, por lo menos, deben corresponder a cotización especial

Conforme al principio de favorabilidad que consagra la legislación laboral y la de seguridad social, la persona que potencialmente pueda estar cobijada por dos o más regímenes de pensiones diferentes, puede escoger aquel que le resulte más favorable, sujetándose en todo caso a la totalidad de las normas, requisitos y condiciones que conformen el régimen elegido, esto es, sin poder seleccionar, de acuerdo con su conveniencia, disposiciones, condiciones o requisitos aislados de uno y otro régimen (“principio de inescindibilidad”). A este respecto, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 dispone:

<sup>20</sup> El desarrollo de la Ley 100 de 1993 resultaba casi concordante con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en la medida en que se refería al régimen especial para “...actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente”, aunque dicha norma no menciona esta actividad en forma expresa.

**“ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley”.** (Se resalta).

En esa medida, le corresponde al señor Solano Villa escoger el régimen pensional que le resulte más conveniente para sus intereses y su proyecto de vida: el de la Ley 33 de 1985, que le sería aplicable por ser beneficiario del régimen de transición general dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100, o la normativa especial para actividades de alto riesgo, contenida (en su caso) en el Decreto 1281 de 1994 y luego en el Decreto 2090 de 2003.

Partiendo de que el afiliado ha optado porque se le aplique el régimen para las pensiones especiales por actividades de alto riesgo para la salud, expedido con fundamento en la Ley 100 de 1993, la competencia para el reconocimiento de la pensión especial de vejez reclamada correspondería a la UGPP, por las siguientes razones puntuales:

a) En primer lugar, entiende la Sala que conforme a la interpretación y el condicionamiento efectuados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-663 de 2007, antes citada, con respecto al artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003, el señor Solano Villa es beneficiario del régimen de transición específico contenido en esa norma, de acuerdo con la cual, “[q]uienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo”.

En efecto, dado que la Corte condicionó la constitucionalidad de dicho precepto al entendimiento de que no es necesario acreditar que durante esas 500 semanas se haya efectuado la “cotización especial”, sino que el interesado haya laborado durante ese tiempo en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo, observa la Sala que el señor Solano Villa había trabajado durante más de 500 semanas en actividades que implicaban la exposición a radiaciones ionizantes (rayos X), al momento de entrar en vigencia el Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de ese año).

Merece la pena aclarar que aun cuando las normas especiales en materia de pensiones para los servidores públicos que realicen este tipo de labores solo se expidieron a partir de 1994 (con el Decreto 1281), esto no significa que dichas actividades solamente se hubieran calificado como de alto riesgo para la salud desde ese año, pues, como se explicó previamente, ya desde el Acuerdo N° 049 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, tales trabajos habían sido definidos expresamente como de alto riesgo para la salud de los empleados, con el fin de otorgarles un tratamiento especial en materia de pensiones (aunque inicialmente fuera solo para los afiliados a dicho Instituto).

Adicionalmente, el artículo 43 del Decreto 1848 de 1969 establecía un trato especial y más favorable en materia de vacaciones para “los [empleados oficiales] que laboren en el manejo y aplicación de rayos X y sus ayudantes”, precisamente en consideración al mayor riesgo que dichas actividades implicaban para la salud de tales trabajadores. Y el Convenio N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptado en Ginebra (Suiza) el 22 de junio de 1960<sup>21</sup>, contiene una serie de medidas que los países miembros de esa organización se comprometen a adoptar para proteger la salud de los trabajadores que laboran en este tipo de actividades. Aunque dicho convenio no ha sido ratificado por Colombia, sí permite observar cómo, desde 1960, por lo menos, se empezaron a considerar como actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores aquellas que implicaran la exposición a radiaciones ionizantes, en desarrollo de lo cual empezaron a expedirse en nuestro país normas especiales y más favorables para los empleados que realizaran tales labores.

b) Los artículos 2° y 3° del Decreto 1281 de 1994 establecían los requisitos aplicables a las personas que pretendieran beneficiarse de las normas especiales en materia de pensiones contenidas en dicho decreto. Tales requisitos pueden sintetizarse así: (i) haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas, de las cuales, al menos 500 debían corresponder a “cotizaciones especiales” por la realización o el ejercicio de alguna de las actividades calificadas por dicha normativa como de alto riesgo, y (ii) haber cumplido 55 años de edad, pero dicha edad podía disminuirse hasta los 50 años, en razón a un (1) año por cada 60 semanas de “cotización especial” efectuada sobre las primeras 1.000 semanas.

c) La Sala desconoce si en el caso del señor Daniel Antonio Solano Villa, sus diferentes empleadores efectuaron o no el pago de las “cotizaciones especiales” a que estaban obligados legalmente, pues en el expediente del conflicto no aparece prueba alguna sobre este hecho. Sin embargo, aunque las entidades públicas para las cuales laboró no hubieran efectuado dicho aporte, tal circunstancia no sería suficiente, por sí misma, para negar la pensión especial que reclama, dado que, de acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, el incumplimiento de las obligaciones del empleador en relación con el descuento (cuando el aporte es del empleado) y el pago (cuando el aporte es de los dos o solo del empleador) de las contribuciones parafiscales establecidas para la financiación de las pensiones, no puede perjudicar el derecho del empleado o ex empleado a que se le reconozca y pague la pensión de vejez, en el momento en que cumpla con los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas dispuestos por la ley, pues las administradoras de pensiones en los dos regímenes (prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad) cuentan con los instrumentos jurídicos necesarios y efectivos para cobrar tales sumas de dinero a los empleadores, pudiendo acudir, incluso, al cobro forzoso (ante la jurisdicción o mediante la facultad de cobro coactivo, según el caso). A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de agosto de 2013<sup>22</sup>, ratificada en fallo del 13 de abril de 2016<sup>23</sup>, manifestó:

*“Sin embargo, la jurisprudencia de esta corporación ha precisado el alcance de estos preceptos, en el sentido de que si está demostrado en el proceso que la actividad cumplida*

21 “Convenio relativo a la protección de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes”.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 585-2013 del 21 de agosto de 2013, radicación 44996.

23 Ídem, Sentencia SL 4616-2016 del 13 de abril de 2016, radicación 47244.

***por el trabajador corresponde a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez.***

*Lo anterior, sin perjuicio de que la administradora pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley, o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal. Pero esto será un asunto distinto, que no puede perjudicar el derecho irrenunciable que tiene el trabajador a la cobertura de la seguridad social, máxime que por la clase de labor ejercida implicó para él un sacrificio adicional en desgaste físico y mengua de su salud".* (Negrillas ajenas al texto).

En el mismo sentido, el Procurador General de la Nación expidió la Circular N° 001 del 20 de enero de 2015, dirigida, entre otras autoridades, a la UGPP y a Colpensiones. En dicha circular, luego de citar prolijamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia sobre este tema, el Procurador efectúa los siguientes requerimientos:

***“1) Aplicar la normativa vigente y la línea jurisprudencial de las Altas Cortes en materia de mora del empleador y de pensiones de Alto Riesgo, en defensa de los derechos de los afiliados beneficiarios de este régimen. Para tal efecto, las administradoras del régimen de prima media deberán emitir directrices para que los derechos de los trabajadores catalogados como de Alto Riesgo, no sigan siendo afectados como consecuencia de la omisión del empleador en el pago de los aportes adicionales para esta clase de pensiones.***

***2) Es deber de las administradoras del régimen de prima media, efectuar el cobro de los aportes en mora. Por parte de la UGPP se requiere fortalecer las acciones de cobro coactivo, con el fin de evitar la evasión y elusión de aportes al Sistema de Seguridad Social. (...).”*** (resalta la Sala).

Así, entonces, de acuerdo con la jurisprudencia citada y la Circular 001 de 2015 expedida por la Procuraduría General de la Nación, al señor Solano Villa le bastaría demostrar que realizó una actividad calificada legalmente como de alto riesgo para la salud durante el número mínimo de semanas previsto en el Decreto 1281 de 1994, para que no solamente pudiera cumplir ese requisito, sino adicionalmente disminuir la edad exigida, en la proporción establecida en dicho decreto. En efecto, estima la Sala que si el incumplimiento o la mora de los empleadores en el pago de la “cotización especial” no puede perjudicar a los trabajadores, según la jurisprudencia, no debería afectarlos negativamente en ningún aspecto, es decir, ni para acreditar el número mínimo de semanas exigidas, ni para obtener los descuentos en la edad que establece la normativa especial que regula tales pensiones.

d) En lo que atañe directamente a la competencia de las autoridades en conflicto, observa la Sala que la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social se ordenó por el Gobierno nacional mediante el Decreto 2196 de 2009, publicado en el *Diario Oficial* el 12 de junio de ese año, y el plazo que se estableció en el artículo 4° de dicho decreto para efectuar el traslado masivo de los afiliados cotizantes de dicha entidad al Instituto de Seguros Sociales, venció el 12 de julio de 2009.

Por tal razón, dado que el señor Solano Villa cumplió los cincuenta y cinco (55) años de edad el día 16 de noviembre de 2009, le bastaría acreditar que sus empleadores efectuaron, por lo menos, 60 semanas de cotización especial o, en su defecto, que laboró durante ese mismo tiempo en una actividad de alto riesgo, para tener derecho a reducir la edad exigida en un (1) año, con lo cual habría adquirido el derecho a la pensión especial el 16 de noviembre de 2008, cuando aún no se había decretado la supresión ni la liquidación de Cajanal. Si acreditara adicionalmente un mayor número de semanas, la edad de jubilación se reduciría todavía más, pudiendo llegar, incluso, hasta los 50 años.

Así, entonces, partiendo de que el régimen escogido por el señor Daniel Antonio Solano Villa es el establecido para las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, dentro del sistema de prima media con prestación definida instituido por la Ley 100 de 1993, y bajo el supuesto de que el solicitante cumpla con los requisitos para adquirir la pensión especial de vejez regulada en tales normas, la entidad que era competente para el reconocimiento de dicha prestación era Cajanal (actualmente liquidada), y hoy en día es la UGPP, de acuerdo con las reglas que en materia de competencia ha deducido la Sala, con base en las normas legales y los decretos que establecen el objeto y las funciones de dicha entidad, entre otras disposiciones.

e) Sin embargo, como la Sala no puede resolver sobre el reconocimiento de la pensión solicitada por el señor Solano Villa, ni sobre el momento preciso en que adquirió ese derecho, ni sobre el régimen sustancial que le sea aplicable, es necesario advertir que podrían presentarse dos hipótesis en las que la competencia para el reconocimiento de su pensión de vejez no correspondería a la UGPP, sino a Colpensiones, a saber: (i) si el señor Solano optare expresamente por acogerse al régimen contenido en la Ley 33 de 1985, al cual tiene derecho, como se explicó, por ser beneficiario del Régimen General de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o (ii) si la UGPP, luego de estudiar la situación del peticionario a la luz de las pruebas que obren en el expediente pensional, de las normas especiales que regulan la pensión para los trabajadores que laboran o laboraron en actividades de alto riesgo para la salud y de la jurisprudencia respectiva, llegare a concluir en definitiva que el señor Solano Villa no reúne los requisitos o condiciones sustanciales para adquirir esa pensión especial.

Por tal razón, la Sala decidirá que única y exclusivamente en alguno de estos dos casos, la competencia para el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por el señor Solano Villa es de Colpensiones, para lo cual la UGPP, luego de estudiar cuidadosamente la situación pensional del peticionario y de proferir una decisión de fondo (en la segunda de las hipótesis descritas), deberá entregar el expediente pensional íntegro a Colpensiones, para que dicha entidad se pronuncie de fondo sobre el reconocimiento solicitado.

f) En caso de darse este evento, recuerda la Sala desde ya que el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales (inicialmente) y Colpensiones (posteriormente) no hayan recibido cotizaciones de los empleados que eran afiliados cotizantes a Cajanal al 30 de junio de 2009 y que fueron trasladados en forma masiva al ISS, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, no es un argumento que permita a Colpensiones declararse válidamente sin competencia para el reconocimiento de una

pensión de vejez, dado que: (i) La realización o el pago efectivo de aportes no condiciona la afiliación de las personas a una administradora de pensiones, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), pues el estado de afiliado solamente es consecuencia del diligenciamiento, suscripción y presentación del formulario respectivo y de la aceptación (expresa o tácita) de la administradora<sup>24</sup>. (ii) Quienes eran afiliados cotizantes a la Caja Nacional de Previsión Social el 30 de junio de 2009, deben entenderse vinculados automáticamente al ISS a partir del 12 de julio de ese mismo año, a más tardar, en virtud de lo ordenado por el Decreto 2196 de 2009. Por tal razón, las cotizaciones que desde esa fecha hubiesen sido recibidas errónea o indebidamente por Cajanal en Liquidación, debían entenderse recaudadas, en realidad, para el Instituto de Seguros Sociales, entidad que, por lo tanto, estaba legitimada para exigir su traslado o devolución, así como también podía (o puede) hacerlo Colpensiones después de la liquidación del ISS. Dado que está acreditado en el expediente que en nombre del señor Solano Villa se efectuaron cotizaciones a Cajanal en Liquidación hasta el 23 de septiembre de 2009, se colige que los aportes recibidos durante los meses de julio, agosto y septiembre de ese año (3 meses), tenían realmente como destinatario al Instituto de Seguros Sociales y han debido trasladarse a dicha entidad, o deben reembolsarse, por quien corresponda, a Colpensiones.<sup>25</sup>

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

### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de la pensión especial por actividades de alto riesgo para la salud

24 Sobre este aspecto, la Sala explicó lo siguiente, en decisión del 21 de agosto de 2014 (radicación N° 2014-00077): "iv) (...) conviene aclarar que aun cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, había sostenido que la afiliación al Sistema General de Pensiones, o a uno de sus componentes, no podía considerarse válida si no se realizaba al menos una cotización, dicha posición fue revaluada por la misma Corporación a partir de la sentencia del 13 de marzo de 2013... reiterada en providencia del 25 de septiembre del mismo año... En el primero de dichos fallos se explica este cambio de postura de la siguiente forma:

"1.- La jurisprudencia tradicional de la Corte ha entendido que tanto en el caso del régimen de prima media, como en el de ahorro individual, para que la afiliación tenga validez, y surta plenos efectos, es menester que vaya acompañada de al menos una cotización, pues de lo contrario el acto jurídico de la afiliación no pasa de ser una mera formalidad y debe ser asimilado a una falta de afiliación. (...) "

**'No obstante lo anterior, en los últimos tiempos, la Corporación ha dado pasos hacia la morigeración de esta tesis... 'Esta situación ha llevado a la Corte a un replanteamiento del tema, en el sentido de considerar que la afiliación al Sistema General de Pensiones una vez realizada por el empleador, si la ha hecho con el lleno de los requisitos de ley, produce plenos efectos, sin que se tenga como exigencia adicional para su validez, que vaya acompañada de cotizaciones.**

**'Y eso es así porque de conformidad con las normas que han regulado los efectos de la afiliación al Sistema General de Pensiones, este acto jurídico produce efectos desde cuando se entrega debidamente diligenciado el correspondiente formulario...**

'(...) 'Ahora bien, las normas que regulan la afiliación a la seguridad social en pensiones brindan los mecanismos a las administradoras, para cuestionar ese acto si encuentran alguna irregularidad, como lo contempla el artículo 12 del Decreto 692 de 1994...

Por lo tanto, si la administradora una vez surtida la afiliación guarda silencio y no formula ningún reparo en los términos de la norma precedente, **hay que entender que produce plenos efectos.**

**'La consecuencia es que ante una afiliación válida y aceptada por la administradora, se activan para ella todas las obligaciones que la ley prevé,** entre las cuales está el deber de cobro de las cotizaciones en mora, estipulado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

'(...)

**'En los términos anteriores se corrige el criterio sobre la validez de la afiliación a la seguridad social en pensiones, cuando no va acompañada de cotizaciones'. (Negritas extratextuales)".**

25 Con respecto a este punto, la Sala sostuvo lo siguiente, en reciente decisión del 8 de junio de 2016 (Radicación N° 2016-00034): "Lo anterior significa para la Sala que la señora... debe entenderse afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de julio de 2009, o más (sic) tardar, desde el 13 de julio del mismo año (día siguiente al vencimiento del plazo señalado por el Decreto 2196 de 2009), independientemente de las deficiencias y errores que hayan podido presentarse en los procesos de traslado masivo, y por las cuales Cajanal en Liquidación siguió recibiendo presuntamente las cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2009. En consecuencia, si dicha entidad recibió efectivamente tales aportes durante los últimos seis (6) meses del año 2009, debe entenderse que los recibió por cuenta del Instituto de Seguros Sociales y, en esa medida, debió trasladarlos a dicho instituto. La Sala ignora si ese traslado de recursos efectivamente se hizo o no, pues no existen pruebas en el expediente sobre tal hecho, pero aún si no se efectuó, dicha omisión no puede afectar las competencias señaladas legalmente para Cajanal en Liquidación y el Instituto de Seguros Sociales y, actualmente, para la UGPP y Colpensiones. En tal evento, el ISS y luego Colpensiones tendrían la carga de reclamar la devolución de tales sumas de dinero a la liquidación de Cajanal, o ante la entidad o el patrimonio autónomo que actualmente tenga a su cargo dicha obligación". (Se resalta).

(radiaciones ionizantes) reclamada por el señor Daniel Antonio Solano Villa, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.255.227.

**SEGUNDO:** Remitir el expediente de la referencia a la UGPP para que continúe la actuación administrativa en forma inmediata.

**TERCERO:** Declarar competente, en subsidio, a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por el señor Solano Villa, única y exclusivamente en el evento de ocurrir cualquiera de las siguientes hipótesis: (i) que el señor Daniel Antonio Solano Villa desista expresamente de la aplicación del régimen previsto para las pensiones especiales por actividades de alto riesgo y se acoja, en consecuencia, al régimen contenido en la Ley 33 de 1985; o (ii) que la UGPP, luego de estudiar el expediente pensional del solicitante y proferir una decisión de fondo, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de este documento, concluya que el señor Solano Villa no cumple los requisitos sustanciales exigidos para adquirir el derecho a la pensión especial reclamada.

**CUARTO:** Disponer que en el evento de que llegare a ocurrir cualquiera de las hipótesis indicadas en el numeral anterior, la UGPP deberá remitir inmediatamente el expediente pensional del solicitante, junto con una copia auténtica de la decisión que haya proferido, a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que esta se pronuncie de fondo sobre el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Solano Villa, dentro de los términos previstos en la ley.

**QUINTO:** Reconocer personería a la abogada Luisa Pérez Jiménez, como apoderada del señor Daniel Antonio Solano Villa.

**SEXTO:** Comunicar la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al señor Daniel Antonio Solano Villa y a su apoderada.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## **5. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).**

**Asunto: Solicitud pensional de servidora pública afiliada a Cajanal después del 1º de abril de 1994**

**Radicado 2016-00041**

Fecha: 24/08/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112, numeral 10, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

### **I. Antecedentes**

Por conducto de apoderada, la señora Eleany Muñoz Cano solicitó a esta Sala la definición del conflicto negativo de competencias administrativas originado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) (folios 1 a 67).

Con base en la información y en los documentos aportados por la apoderada de la peticionaria y las autoridades involucradas, el presente conflicto se promueve por los siguientes antecedentes:

1. La señora Eleany Muñoz Cano, identificada con cédula de ciudadanía número 24.475.648 (folio 1), nació el 11 de junio de 1948.

2. Su historia laboral y afiliaciones para efectos pensionales, según constancia de vinculación laboral expedida por el Director del Grupo de Administración del Talento Humano de la Superintendencia de Notariado y Registro (folio 44) y el formato 1 Certificado de información laboral (folio 48), transcurrió en la citada superintendencia como empleada pública con sede en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Armenia – Quindío, así:

a) Entre el 1º de diciembre de 1974 y el 15 de diciembre de 1993. En este período estuvo afiliada a Cajanal.

b) Entre el 1º de febrero de 1994 y el 18 de abril de 1998. Durante este período estuvo afiliada a Fonprenor<sup>1</sup>, del 1º de febrero de 1994 al 31 de octubre de 1997, y al ISS, desde el 1º de noviembre de 1997 hasta el 18 de abril de 1998.

<sup>1</sup> Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro “Fonprenor”, suprimido y liquidado por mandato del Decreto 1668 de 1997



c) Entre el 1º de mayo de 1998 y el 30 de abril de 2014, le figuran afiliaciones a:

(i) Cajanal, desde el 1º de mayo de 1998 hasta el 25 de mayo de 2009;

(ii) ISS, desde el 26 de mayo de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2012;

(iii) Colpensiones, desde el 1º de octubre de 2012 hasta el 30 de abril de 2014.

3. El 11 de julio de 2012, la señora Muñoz Cano solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez. Dicha solicitud fue resuelta negativamente el 27 de agosto de 2013 mediante Resolución GNR 216228, en la cual se citó la Ley 797 de 2003 para afirmar que la peticionaria no acreditaba los requisitos mínimos de edad y de semanas cotizadas (folios 17 y 18).

4. El 11 de abril de 2014, por Resolución GNR 124554, Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto por la señora Muñoz Cano. Afirmó que la interesada adquirió el estatus pensional el 11 de junio de 2003, es decir, antes de entrar en vigencia el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 que ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y, en consecuencia, la competencia para resolver la solicitud de pensión recaía en la UGPP (folios 19 a 22). Por Resolución VPB 13027 de 6 de agosto de 2014, Colpensiones resolvió el recurso de apelación y sostuvo que si bien la peticionaria acreditaba los requisitos legales para acceder a una pensión de vejez y que la última administradora a la cual había cotizado era Colpensiones debía tenerse en cuenta que el tiempo cotizado fue inferior a seis (6) años, por lo cual esa entidad carecía de competencia para conceder el reconocimiento y el pago de la prestación económica solicitada (folios 23 a 25).

5. La señora Muñoz Cano se dirigió a la UGPP que, el 12 de marzo de 2015 mediante Resolución RDP009528 (folios 26 a 28), no accedió al reconocimiento y pago de la pensión argumentando que la información suministrada era inconsistente porque:

- "... se indica que a partir del 01 de mayo de 1998 a la fecha realizó cotizaciones a Cajanal..." y esa Caja "... a partir del 01 de abril de 1994 no recibió afiliaciones para pensión de vejez...", y

- en el "...Sistema Integral de Información de la Protección Social Registro Único de Afiliados, la interesada figura afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS PENSIONES a partir del 27 de octubre de 1997", información que igualmente aparece en la página de bonos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

5. La señora Muñoz Cano interpuso los recursos de reposición y apelación fundamentados en la supresión de Fonprenor y su liquidación, que inicialmente la llevaron a afiliarse al ISS, entre el 1º de noviembre de 1997 y el 18 de abril de 1998, pero luego, con base en la autorización que confiriera el Decreto 3008 de 1997, se trasladó a Cajanal.

Mediante las Resoluciones RDP 017401 de 5 de mayo de 2015 y RDP 023424 de 10 de junio de 2015, UGPP resolvió los recursos confirmando la decisión original con el mismo argumen-

to de que Cajanal “no recibió” afiliaciones a partir del 1º de abril de 1994, que la interesada figuraba como afiliada al ISS desde 1997 y que “no se encuentran nuevos elementos de juicio que permitan variar la decisión tomada...”.

6. Por Resolución GNR 56956 del 23 de febrero de 2016, Colpensiones se pronuncia nuevamente en el sentido de “declarar la pérdida de competencia” sobre la petición de la señora Muñoz Cano por cuanto verificó que la peticionaria había adquirido el estatus pensional el 11 de junio de 2003, es decir, antes de la supresión y liquidación de Cajanal, por lo cual correspondería a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión reclamada (folios 64 a 66 y 82 a 84).

7. El 1º de marzo de 2016, la señora Eleany Muñoz Cano, por conducto de apoderada, solicitó a esta Sala definir cuál de las dos entidades, UGPP y Colpensiones, es la competente para resolver de fondo la petición de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Muñoz Cano.

En su escrito argumentó que (i) su poderdante es beneficiaria del régimen de transición porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 19 años de servicios y 45 años de edad; (ii) para la misma época se afilió al Fondo de Previsión de Notariado y Registro (Fonprenor); (iii) con el estatus de pensionada en el año 2003, de nuevo se afilió a Cajanal porque así lo previó el Decreto 3008 de 1997, reglamentario del Decreto Ley 1668 de 1997 que había ordenado la supresión y liquidación de Fonprenor; y (iv) al momento de presentar la solicitud de pensión en el año 2012, Cajanal había sido suprimida (folios 1 a 12).

## **II. Actuación procesal**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite de este conflicto. Consta que se informó sobre el presente conflicto a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la señora Eleany Muñoz Cano y a su apoderada, doctora Lina Marcela Caicedo Orozco, con el fin de que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente. Dentro del término legal se pronunció la UGPP y por fuera del mismo Colpensiones. Obran en el expediente la constancia de la Secretaría de la Sala y los escritos correspondientes.

## **III. Argumentos de las partes**

### **1. De la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**

Resumió la historia laboral de la interesada y afirmó que la señora Eleany Muñoz Cano “... adquirió su estatus jurídico pensional por edad el pasado 11 de junio de 1998...”.

Reiteró que desde el 1º de abril de 1994, Cajanal no recibió afiliaciones y que la peticionaria figura como afiliada al ISS desde 1997.

Explicó que la afiliación de la señora Muñoz Cano "... para el período 01 de mayo de 1998 al 30 de abril de 2014, es irregular en la medida en que se produjo con posterioridad al 01 de abril de 1994, en el cual la Caja Nacional de Previsión Social no recibía afiliaciones ni aportes a pensiones, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 692 de 1994, artículo 4, inciso 5." Enunció las reglas que regulan las competencias de UGPP y Colpensiones, y solicitó que se declarara competente a Colpensiones.

## 2. De la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Resumió las actuaciones adelantadas en relación con la petición de la señora Muñoz Cano, así como el marco normativo respecto del reconocimiento pensional en el régimen de prima media.

Repasó las condiciones personales de la señora Muñoz Cano, especialmente el hecho de haber adquirido el estatus pensional el 11 de junio de 2003, por lo cual, de conformidad con el Decreto 2196 de 2009, la pensión quedó a cargo de Cajanal y por consiguiente de la UGPP.

## IV. Consideraciones

### 6. Competencia

#### a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Con base en la norma transcrita, la competencia de la Sala para decidir de fondo los conflictos negativos o positivos de competencias se configuran cuando (i) dos organismos o

entidades nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidos en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo, (ii) niegan o reclaman competencia (iii) para conocer de un determinado asunto, (iv) de naturaleza administrativa.

Como se evidencia en los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional: Colpensiones que es la administradora del régimen de prima media con prestación definida y asumió las funciones del ISS en materia pensional, y UGPP que tiene a su cargo las pensiones del nivel nacional del sector público, causadas antes de la supresión y liquidación de las cajas, fondos o entidades de prevención social de dicho sector.

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa, particular y concreta porque se trata de la solicitud de reconocimiento pensional de la señora Eleany Muñoz Cano. Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

## **b. Términos legales**

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo ordena:

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

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34<sup>2</sup> del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones

<sup>2</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 2º. *“Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este código.// Artículo 34: “Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte del código.”*

administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

## **2. Aclaración previa**

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## **3. Problema Jurídico**

En el presente conflicto de competencias administrativas corresponde a la Sala determinar cuál es la entidad que debe resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por la señora Eleany Muñoz Cano, porque tanto la UGPP como Colpensiones han negado competencia.

Para el efecto, a partir de las condiciones personales de la peticionaria, en particular el hecho de que su historia laboral transcurrió como empleada pública del nivel nacional, se revisarán las disposiciones relativas a: (i) el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; (ii) el régimen pensional que resulta aplicable para establecer la fecha de causación del derecho reclamado y la entidad de previsión originalmente responsable de la prestación pensional, y (iii) el fundamento y los efectos de la afiliación a Cajanal en mayo de 1998.

## **4. Régimen de transición y el régimen pensional, aplicables a los servidores públicos nacionales**

### **a. El régimen de transición**

La Ley 100 de 1993, al establecer el Sistema General de Pensiones, consagró un régimen de transición en el inciso segundo del artículo 36, conforme al cual:

*“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones*

*y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”*

El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue reglamentado inicialmente por el Decreto 813 de 1994, en el cual, respecto de los servidores públicos se dispuso:

*“ARTÍCULO 6. TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE VEJEZ O JUBILACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

a) Cuando a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 o más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

*Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:*

*i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales*

*ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.*

*iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1 de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.*

*b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno nacional”.*

Así, la regla general derivada del régimen de transición se expresó en el derecho del servidor público a conservar el régimen pensional que le era aplicable y a ser pensionado por la caja, fondo o entidad de previsión social a la cual estaba afiliado al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones en el nivel nacional, esto es el 1º de abril de 1994.

Las excepciones a la regla general se refirieron al traslado voluntario del servidor público al ISS, a la afiliación al régimen de prima media de las personas que para el 1º de abril de 1994 no estaban afiliadas a ninguna entidad de previsión, y al evento de supresión y liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión llamada a pensionar al servidor público en virtud del régimen de transición.

## b. El régimen pensional

Para la época de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el país, 1º de abril de 1994, el régimen pensional general aplicable a los servidores públicos vinculados con la Rama Ejecutiva en el ámbito nacional era la Ley 33 de 1985<sup>3</sup>, que, sin perjuicio de los regímenes especiales existentes, dispuso en los incisos primero y segundo del artículo 1º:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.(...)”

## 5. Cajanal y Fonprenor, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

### a. Cajanal

Baste señalar que Cajanal fue creada por la Ley 6ª de 1945<sup>4</sup> para reconocer y pagar las prestaciones sociales, incluida la pensión de jubilación, que en la misma ley se establecieron para los empleados y trabajadores del ámbito nacional público. Con modificaciones en su naturaleza y objeto, Cajanal era una de las entidades responsables del reconocimiento de las pensiones de jubilación de los servidores públicos cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 en cita creó el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, los cuales quedaron a cargo, respectivamente, del ISS y de administradoras privadas.

A la vez, la misma Ley 100 incluyó normas tendientes a la supresión de las cajas, fondos y entidades de previsión social públicos, con el propósito expreso inicial de consolidar al ISS como el único administrador del régimen de prima media. Así, en el artículo 52 previó:

*“ARTÍCULO. 52.- Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Las cajas, fondos*

3 Ley 33 de 1985 (enero 29), “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.” Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. / No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (...)

4 Ley 6 de 1945 (febrero 19) “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.” Artículo 18. “El Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior. La organización de esta entidad se hará por el Gobierno antes del 1 de julio de 1945.” / Artículo 19. “La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales será una persona jurídica autónoma, cuya administración corresponderá a una Junta Directiva integrada por representantes del Gobierno y de los empleados y obreros. La Nación garantiza todas las obligaciones de la Caja.”

*o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.”*

La norma transcrita, entonces, claramente circunscribió la actividad de las cajas, fondos o entidades de previsión existentes para la época, a los “afiliados”, es decir, a quienes para su entrada en vigencia estaban vinculados como aportantes o cotizantes a ellas. Por consiguiente, las mencionadas cajas, fondos o entidades de previsión no podían aceptar nuevos afiliados. La disposición en comento por supuesto incluyó a Cajanal, de manera que, en principio, a partir del 1° de abril de 1994, esa caja no debía admitir afiliaciones nuevas.

La supresión de Cajanal fue ordenada por el Decreto 2196 de 2009 y su liquidación y vida jurídica concluyeron el 11 de junio de 2013<sup>5</sup>. El Decreto 2196 ordenó en el artículo 3°:

*“ARTÍCULO 3. PROHIBICIÓN PARA INICIAR NUEVAS ACTIVIDADES. Como efecto de la liquidación aquí ordenada, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar los actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación.*

*En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4° del presente decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal EICE en Liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por la Ley 1151 de 2007.*

*Para tales efectos atenderá las solicitudes y peticiones que se le presenten y celebrará los contratos de administración u operación que sean necesarios.”*

El mismo Decreto 2196 ordenó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a su vigencia. Esta inició el 12 de junio de 2009, es decir, que el traslado ordenado debió cumplirse el 12 de julio del mismo año.<sup>6</sup>

Así, en virtud de los artículos 3° y 4° del Decreto 2196 en cita, los reconocimientos pensionales de quienes estaban afiliados a Cajanal el 12 de junio de 2009 quedaron a cargo del proceso liquidatorio, si sus derechos se causaban a más tardar el 12 de julio del mismo año, y corresponden al ISS los demás.

5 Resolución 4911 de 2013 (junio 11), proferida por el Liquidador y publicada en el D.O. 48.828, “por medio de la cual se declara terminado el proceso de liquidación de Cajanal EICE en Liquidación.”

6 Decreto 2196 de 2009, art. 28. “Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.” El decreto fue publicado en el Diario Oficial 47.378 de 12 de junio de 2009.



El primer grupo pasaría a la UGPP, cuando esta entrara en operación pues fue creada por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, en los siguientes términos:

*“Artículo 156. Gestión de Obligaciones Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:*

*i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003; (la negrilla es de la Sala).*

*ii) Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Artículo 156. Gestión de Obligaciones Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. Corregido por el art. 1, Decreto Nacional 1193 de 2012. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo: Se mantiene vigente.*

*i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003;*

*ii) Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. (...).*

Mediante el Decreto Ley 169 de 2008<sup>7</sup> se adoptaron la estructura orgánica y las funciones de la UGPP y para iniciar sus actividades fue expedido el Decreto 4269 de 2011<sup>8</sup> que distribuyó entre esa Unidad y Cajanal EICE en liquidación las funciones relativas a derechos pensionales teniendo en cuenta el 8 de noviembre de 2008 como fecha de radicación de las solicitudes:

*“Artículo 1°. Distribución de competencias. La ejecución de los procesos misionales de carácter pensional y demás actividades afines que se indican a continuación, será ejercida*

<sup>7</sup> Decreto 169 de 2008 (enero 23), “por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”

<sup>8</sup> Decreto 4269 de 2011, “Por el cual se distribuyen unas competencias”.

por la Caja Nacional Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en los siguientes términos:

1. Atención de solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas

Estarán a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), las solicitudes de reconocimientos de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

A cargo de la Caja Nacional de Previsión Social — Cajanal EICE en Liquidación estarán las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2011. (...)

## b. Fonprenor

El Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro (Fonprenor) fue creado por la Ley 86 de 1988 como establecimiento público a cargo del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro, los Notarios, los Empleados de las Notarías, los Registradores de Instrumentos Públicos, los empleados de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos; la prestación de los servicios de salud; el reconocimiento y el pago de las cesantías de los notarios y empleados de los notarios; y la financiación de programas de vivienda.

Fonprenor fue suprimido a partir del 27 de junio de 1997 por el Decreto Ley 1668 de 1997<sup>9</sup>, que en el artículo 6º, estableció las reglas para el reconocimiento y el pago de las pensiones a cargo de dicho fondo y sobre los afiliados que aún no tenían el estatus pensional dispuso que podrían acogerse a alguno de los dos regímenes creados por la Ley 100 de 1993.<sup>10</sup> La disposición en comento fue reglamentada por el Decreto 3008 de 1997 que en el artículo 1º dispuso:

*“Artículo 1o. Los afiliados al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro (Fonprenor) en liquidación, que opten por el régimen de prima media con prestación definida, podrán elegir a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, para efecto del reconocimiento de la pensión, una vez reúnan los requisitos previstos en la ley.”*

9 Decreto ley 1668 de 1997 (junio 27), “Por el cual se suprime el Fondo de Previsión de Notariado y Registro “Fonprenor” y se ordena su liquidación”. El Decreto ley 1668 fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 30 de la Ley 344 de 1996 (diciembre 27), “por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”. El artículo 1º del Decreto ley 1668 dispuso la supresión desde la fecha de publicación del mismo decreto, requisito que fue cumplido el 27 de junio de 1997 con la publicación en el *Diario Oficial* 43.072.

10 D.L. 1668/97, artículo 6o. “RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIONES. El pago y reconocimiento de pensiones a cargo del Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro “Fonprenor” en liquidación, con ocasión de su supresión, se regirá por las siguientes reglas: (...) 3. Los afiliados al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro “Fonprenor” en liquidación, que se encuentran aportando al régimen de previsión social en pensiones, podrán acogerse al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, o al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios./ Para los efectos de este numeral, el Liquidador realizará un censo para determinar el número de aportantes al programa de pensiones del Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro “Fonprenor” en liquidación, con cuantificación individual y total de la cuenta, la cual se le comunicará personalmente a cada uno de ellos, en un formato que permita al mismo escoger el Sistema al cual desea inscribirse. / Si vencido el plazo máximo para la liquidación del fondo, el aportante del programa de pensiones no ha elegido el sistema al que quiere acogerse, el Liquidador deberá afiliarlo al Instituto de Seguros Sociales.”

Vale decir que la opción dada a los afiliados de Fonprenor permitió que Cajanal admitiera nuevas afiliaciones.

El Decreto 3008 de 1997 fue declarado nulo por sentencia del 11 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de esta corporación<sup>11</sup>; de esta sentencia, es preciso destacar que en la parte considerativa advirtió que la nulidad declarada por violación de los artículos 52 y 128 de la Ley 100 de 1993 no afectaba la afiliación a Cajanal de las personas que habían hecho uso de la opción que el Decreto 3008 les dio. Dice textualmente la sentencia en cita, páginas 18 y 19:

*“Según lo anterior, es incontestable que si bien desde el 22 de marzo de 1957 época en que, mediante el Decreto Legislativo 0059 se dispuso que a partir del 1º de julio de ese año, los Notarios y Registradores y sus subalternos de carácter permanente fueron afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión, esa situación se mantuvo, hasta el año 1988, cuando por virtud de la Ley 86 de 1988 se creó el Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro (Fonprenor), establecimiento público encargado de atender el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro, los Notarios, los empleados de los Notarios, los Registradores de Instrumentos Públicos del Fondo Nacional de Notariado y del Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro.*

*En la época en que se suprimió Fonprenor, junio 27 de 1997, tales servidores no eran afiliados de la Caja Nacional de Previsión; por lo tanto, el Presidente de la República no podía, como procedió mediante el decreto acusado, autorizar a quienes optaron por el régimen de prima media con prestación definida, para que eligieran a la Caja Nacional de Previsión Social para efectos del reconocimiento de la pensión. En otros términos, el Presidente de la República, mediante el decreto acusado, so pretexto de reglamentar la ley, la infringió; procede en consecuencia la nulidad del acto acusado. **No obstante lo anterior, la Sala estima indispensable dejar en claro que, en aras de la seguridad jurídica y comoquiera que quienes se hubieran acogido al régimen de prima media con prestación definida y con fundamento en el Decreto acusado, hayan seleccionado a la Caja Nacional de Previsión Social como administradora de dicho régimen, la declaratoria de nulidad del Decreto aquí atacado, no afecta tales situaciones.”** (Las negrillas no son del original).*

## 7. El caso concreto

Se trata de la solicitud de reconocimiento pensional que hace la señora Muñoz Cano con base en haber reunido los requisitos para pensión, porque nació el 11 de junio de 1948 y laboró alrededor de 40 años como empleada pública de la Superintendencia de Notariado y Registro. Su historia laboral se recoge en el siguiente cuadro:

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de octubre 11 de 2001, Exp. 1896, Radicación 11001-03-25-000-1998-0139-00.

Entidad en la que prestó el servicio	Tiempo de vinculación		Caja, fondo o entidad a la que se dieron los aportes
	Desde	Hasta	
Supernotariado y Registro	1-12-1974	15-12-1993	Cajanal
Supernotariado y Registro	1-2-1994	31-10-1997	Fonprenor
Supernotariado y Registro	1-11-1997	18-4-1998	Seguro Social
Supernotariado y Registro	1-5-1998	25-5-2009	Cajanal
Supernotariado y Registro	26-5-2009	30-9-2012	Seguro Social
Supernotariado y Registro	1-10-2012	30-4-2014	Colpensiones

Con base en la información precedente, el caso concreto y la decisión de la Sala se fundamentan así:

a) El 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el ámbito nacional, la señora Muñoz Cano acreditaba más de 35 años de edad y más de 15 años de servicios, laborados en la Superintendencia de Notariado y Registro, por lo cual fue destinataria del régimen de transición establecido por el artículo 36, inciso segundo, de la Ley 100 de 2003.

b) Como empleada pública de una autoridad pública del nivel nacional, el régimen pensional de la señora Muñoz Cano correspondía a la Ley 33 de 1985, por lo cual causaba el derecho a la pensión cuando cumpliera 55 años de edad y 20 o más años de servicio.

c) En abril de 1994 estaba afiliada a Fonprenor, que para entonces era el fondo de previsión social llamado a reconocer y pagar sus prestaciones económicas, incluida la pensión de jubilación, de acuerdo con la regla general contenida en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 respecto del régimen de transición para los servidores públicos.

d) Fonprenor fue suprimido y entró en liquidación a partir del 27 de junio de 1997, fecha de la publicación en el *Diario Oficial* del Decreto 1668 de 1997.

e) La señora Muñoz Cano se afilió al ISS a partir del 1º de noviembre de 1997 y hasta el 18 de abril de 1998, fecha en la cual terminó la vinculación laboral que entonces tenía con la Superintendencia de Notariado y Registro.

f) El 1º de mayo de 1998 inició una nueva relación laboral con la misma superintendencia y se afilió a Cajanal porque para esa fecha estaba vigente el Decreto 3008 de 1997 que permitió que esa caja recibiera a los afiliados de Fonprenor en liquidación.

g) El Decreto 3008 de 1997 fue declarado nulo el 11 de octubre de 2001, pero como se transcribió atrás, la sentencia aclaró que tal decisión no afectaba a quienes estaban vinculados a Cajanal con fundamento en dicho Decreto 3008.

h) El 11 de junio de 2003 la señora Muñoz Cano reunió los requisitos de tiempo y edad previstos en la Ley 33 de 1985. Para esa fecha continuaba afiliada a Cajanal.

i) En junio 12 de 2009 se ordenó la supresión de Cajanal y se dispuso que el proceso liquidatorio quedaba a cargo de las pensiones causadas hasta el 12 de julio del mismo año.

Vale decir que la pensión de la señora Muñoz Cano quedó a cargo de Cajanal EICE en liquidación, pues se causó desde junio del 2003.

Por consiguiente, quedó también a cargo de la UGPP, con fundamento en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, que creó la Unidad, y en el artículo 3° del Decreto 2196 de 2009 que suprimió a Cajanal.

j) Si bien la señora Muñoz Cano se trasladó al ISS en mayo de 2009, esto es, antes de la supresión de Cajanal, lo cual hace suponer que se trató de un traslado voluntario, su pensión ya estaba causada y había quedado a cargo de Cajanal y de la UGPP por mandato de la Ley 1151 de 2007, como ya se anotó.

En criterio de la Sala, ese mandato legal, que es especial, prevalece sobre la excepción establecida en el artículo 6° del Decreto 813 de 1994, que previó el traslado voluntario de los servidores públicos al ISS como causal para que este asumiera el reconocimiento de la pensión, puesto que el decreto en cita es norma reglamentaria y anterior a la Ley 1151.

Por la misma razón, el traslado de la señora Muñoz Cano a Colpensiones, consecuencia de la supresión del ISS, tampoco varía el hecho de haber consolidado el derecho pensional antes de la liquidación de Cajanal que era la entidad llamada al reconocimiento.

k) El Decreto 3008 de 1997 dio fundamento jurídico a la afiliación de la señora Muñoz Cano a Cajanal hecha con posterioridad al 1° de abril de 1994. Y si bien en el año 2001 el citado Decreto 3008 fue anulado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta corporación, en la misma sentencia se advirtió que la nulidad no afectaba los derechos de quienes se habían acogido a esa norma.

De manera que carece de fundamento jurídico el argumento de la UGPP que se reduce a afirmar y a reiterar que, a partir del 1° de abril de 1994, Cajanal no podía recibir nuevas afiliaciones, lo cual fue cierto, pero no para el caso particular de la señora Muñoz Cano, quien invocó en su favor el Decreto 3008; a pesar de ello, la UGPP resolvió los recursos interpuestos por la peticionaria con base en dicha norma, sin mencionarla ni detenerse en su análisis, sus efectos y el alcance de la nulidad determinado en la sentencia de anulación.

Se declarará entonces competente a la UGPP porque la afiliación de la interesada a Cajanal tuvo fundamento jurídico y efectos reconocidos por decisión de esta corporación y porque su pensión se causó antes de la supresión de Cajanal, todo de acuerdo con los documentos que fueron conocidos por esta Sala.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez de la señora Eleany Muñoz Cano, identificada con la cédula de ciudadanía 24.475.648.

**SEGUNDO:** Enviar el expediente de esta actuación a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para que continúe la actuación administrativa.

**TERCERO:** Comunicar esta decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones); a la señora Eleany Muñoz Cano y a su apoderada, abogada Lina Marcela Caicedo Orozco.

**CUARTO:** Reconocer personería a la abogada Lina Marcela Caicedo Orozco como apoderada de la señora Eleany Muñoz Cano, en los términos y para los fines del poder conferido.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 6. Contraloría General de Caldas y Contraloría General de la República.

**Asunto:** Control fiscal sobre la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca), conformada por aportes públicos de Empresas Sociales del Estado E.S.E. Hospitales de los Departamentos de Caldas y Quindío y aportes privados. Su carácter de entidad descentralizada indirecta y su falta de vinculación a un departamento.

**Radicado 2016-00039**

Fecha: 19/08/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto **negativo** de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de Caldas, quien lo promueve, y la Contraloría General de la República, con el objeto de determinar cuál es el organismo estatal competente para ejercer el control y la vigilancia fiscales sobre la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca), en adelante Coodesca.

### I. Antecedentes

Con base en la solicitud de solución del conflicto de competencias administrativas, presentada por la Contraloría General de Caldas por medio de apoderado, los antecedentes se pueden sintetizar en la siguiente forma:

1. La Asamblea Departamental de Caldas, mediante **la Ordenanza 23 aprobada el 29 de noviembre de 1989 y sancionada por el señor Gobernador el 7 de diciembre de 1987 (sic, debe ser 1989)**, *“Por la cual se autoriza la creación de una Empresa en la forma de Administración Pública Cooperativa”*, autorizó a los Hospitales y Centros de Salud del Departamento y del Servicio Seccional de Salud para constituir una empresa cooperativa con autonomía administrativa y financiera. Lo hizo de manera breve en sus dos primeros artículos, a saber:

*“Artículo primero: Autorízase la creación de la Empresa en la forma de Administración Pública Cooperativa, de los Hospitales, Centros de Salud del Departamento de Caldas y Servicio Seccional de Salud”.*

*“Artículo segundo: La Empresa que se crea tendrá autonomía administrativa, económica y financiera compatible con su naturaleza y calidades del sector cooperativo”.*

2. El **1º de julio de 1989, es decir, llama la atención la Sala, cinco (5) meses y seis (6) días antes de la expedición de la Ordenanza**, mencionada en el punto anterior, que les daba la autorización para crear la cooperativa, se constituyó la *“Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas – Coodesca”*, por los Hospitales y Centros de Salud de diferentes municipios de Caldas y una persona jurídica de derecho privado.

Ese día se firmó el acta de constitución por parte de los directores y representantes legales de tales instituciones, establecimientos públicos en su mayoría, y la representante legal de la persona privada, y se aprobaron los estatutos. Se fijó como domicilio de la cooperativa la ciudad de Manizales y se estipuló que cada uno de los socios fundadores debía suscribir y pagar un total de cien (100) certificados de aportación por un valor de diez mil pesos (\$10.000.00) cada uno (Folios 23 a 29).

3. De acuerdo con los actuales estatutos, según el certificado de la Cámara de Comercio de Manizales de fecha 24 de febrero de 2016, aportado por el organismo promotor del conflicto (Folios 8 a 12 vto.), el objeto social de esta cooperativa es el siguiente:

*“Objeto.- El objeto social del acuerdo cooperativo de Coodesca es contribuir al desarrollo económico, social, cultural y ambiental de sus asociados personas naturales y al desarrollo empresarial de las entidades jurídicas igualmente asociadas, mediante la producción, transformación, comercialización, adecuación, elaboración, innovación o adaptación de bienes y la prestación de servicios, propiciando entre todos sus miembros la ayuda recíproca y afianzando lazos de solidaridad e integración asociativa con responsabilidad, social, a favor de sus asociados, beneficiarios, comunidad del entorno de la salud y la comunidad en general con quien Coodesca pueda cumplir con su objeto social” (Folio 8 vto.).*

4. En el acta de constitución se expresó que la cooperativa se regía por las disposiciones de la Ley 79 de 1988 y su decreto reglamentario, para las empresas de servicios en la forma de administración pública cooperativa (Folio 26). A este respecto el artículo 130 de la mencionada ley dispuso:

*“Artículo 130. Las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, establecidas por la Nación, los departamentos, intendencias y comisarías y los municipios o distritos municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos, serán consideradas como formas asociativas para los efectos de este título y podrán constituirse con un mínimo de cinco entidades.”*

Y el artículo 2º del Decreto 1482 de 1989 estableció:

*“Artículo 2º. Naturaleza y características. Las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, que se denominarán administraciones cooperativas, se considerarán como formas asociativas componentes del sector cooperativo y tendrán las siguientes características:*

*1. Serán de iniciativa de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios o distritos municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos. (...).”*

5. El organismo solicitante transcribe los artículos 4º del Decreto Ley 3130 de 1968 y 4º del Decreto Ley 130 de 1976 sobre las entidades descentralizadas indirectas y las sociedades entre entidades públicas, respectivamente, que estaban vigentes para la fecha de constitución de Coodesca, y algunos apartes del Concepto 1291 del 26 de octubre de 2000 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, referente a las entidades descentralizadas directas e indirectas.



6. La Contraloría General de Caldas presenta una relación de los Hospitales y Centros de Salud de Caldas que participaron en el acta de constitución y expresa que mediante sus Resoluciones Nos. 588 de 2009, 576 de 2013 y 0367 de 2015, entre otras, incluyó como sujeto vigilado a la Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas – Coodesca.

7. Según el Certificado de la Cámara de Comercio de Manizales del 24 de febrero de 2016, aportado por la entidad solicitante, Coodesca obtuvo la personería jurídica 192 el 1º de febrero de 1990, otorgada por el Dancoop, y se transformó en cooperativa multiactiva, con adopción de nuevos estatutos, mediante decisión de la Asamblea de Asociados del 4 de noviembre de 2011, inscrita en la Cámara el 9 de septiembre de 2014.

8. Manifiesta la Contraloría General de Caldas que como Coodesca administra y ejecuta recursos públicos, debe ser auditada y vigilada por un organismo de control fiscal, bien sea una Contraloría Territorial o la Contraloría General de la República, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 42 de 1993, “*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*”, el cual dispone:

*“Artículo 2º. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos y el Banco de la República.(...)” (Negrillas del solicitante).*

9. El organismo solicitante indica que “*entre las entidades públicas que integran Coodesca se encuentran entidades pertenecientes al departamento de Caldas en su mayoría, del departamento del Quindío y del departamento de Risaralda, por lo cual se evidencia que confluyen recursos de diferentes departamentos lo que convierte a la Contraloría General de la República en el organismo de control competente para realizar la vigilancia y control de los recursos que administra Coodesca*”.

10. La Contraloría General de Caldas, mediante el oficio 100.01-4815 del 3 de noviembre de 2015, solicitó a la Contraloría General de la República que le informara si esta se encontraba ejerciendo la función de vigilancia y control sobre los recursos que administraba Coodesca y, en caso negativo, si iba a ejercer el control (Folios 15 y 16).

11. El Gerente Departamental Colegiada (sic) de Caldas de la Contraloría General de la República, por medio del oficio 2015EE0148920 del 20 de noviembre de 2015 (Folio 17), dio respuesta al oficio anterior, para lo cual adjuntó el oficio 2015IE0109388 del 19 de noviembre de 2015 de la Directora de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República (Folios 18 y 19), en el cual se afirmó lo siguiente:

“En respuesta a su solicitud me permito comunicarle que la Contraloría General de la República en la actualidad no tiene sectorizada la Cooperativa de entidades de la Salud de

Caldas, Quindío y Risaralda, por cuanto en el acto administrativo Resolución Orgánica 7325 de octubre 30 de 2013, fue excluida como sujeto de control, por las siguientes razones:

*1. La composición patrimonial en el 2013, según certificación del revisor fiscal de CODESCA (sic), estaba compuesta así:*

*- Aportes Sociales de las entidades públicas asociadas pertenecientes al Departamento de Caldas con el 73,66%.*

*- Aportes Sociales de los asociados del Departamento del Quindío con el 26,34%.*

*2. De conformidad con el artículo 65 de la Ley 42 de 1993, ‘Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley’, se estableció 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, sin perjuicio, que la Contraloría General de la República intervenga cuando lo considere pertinente. En el caso de que la participación sea igual lo ejercerá en forma prevalente la Contraloría General de la República” (Folio 18)<sup>1</sup>.*

12. La Contraloría General de Caldas, inconforme con la respuesta anterior, solicitó mediante el oficio 100.01-217 del 18 de enero de 2016, a la Contraloría General de la República que asumiera la competencia del control fiscal frente a Coodesca, “*pues en dicha cooperativa confluyen recursos de entidades de diferentes departamentos*” y “*no puede existir entidad que maneje recursos públicos sin control sobre dichos recursos*” (Folio 21).

13. El Gerente Departamental Colegiada (sic) de Caldas de la Contraloría General de la República, por medio del oficio 2016EE0012490 del 4 de febrero de 2016, expresó que con el mencionado oficio No. 2015EE0148920 ya se había absuelto el requerimiento sobre el asunto y por tanto se remitía a esa respuesta (Folio 22).

14. Ante la disparidad de criterios, la Contraloría General de Caldas, mediante memorial recibido el 25 de febrero de 2016 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, le solicitó a esta dirimir el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado con la Contraloría General de la República (Folios 3 a 7).

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (Folio 58).

Asimismo, los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 (Folios 59 a 63).

<sup>1</sup> La Sala observa que el texto del artículo 65 de la Ley 42 de 1993 no consagra la regla señalada. Se limita a precisar que la vigilancia de la gestión fiscal en la jurisdicción de las contralorías departamentales, distritales y municipales se efectuará según los principios, sistemas y procedimientos establecidos en esa ley.

Los siguientes organismos y entidades estatales presentaron alegatos o consideraciones en este conflicto:

- 1) Contraloría General de Caldas (Folios 83 y 84).
- 2) Contraloría General de la República (Folios 67 a 79).
- 3) Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca) (Folios 85 a 156).
- 4) Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud) (Folios 351 a 358).
- 5) E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato (Caldas) (Folio 64).
- 6) E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paúl, de Aranzazu (Caldas) (Folios 348 y 349).
- 7) E.S.E. Hospital San Simón de La Victoria (Caldas) (Folios 360 y 361).
- 8) E.S.E. Hospital San Lorenzo, de Supía (Caldas) (Folios 363 y 364).
- 9) E.S.E. Hospital San Vicente de Montenegro (Quindío) (Folios 65 y 66).

Resulta oportuno mencionar que ante una solicitud expresa del apoderado de Coodesca (Folios 85 a 156, 349A y 350), el Consejero Ponente dictó un Auto el 21 de abril de 2016 (Folios 366 y 367), por medio del cual dispuso oficiar a la Superintendencia de Economía Solidaria (Supersolidaria), a fin de que esta interviniera en el presente conflicto de competencias administrativas. Sin embargo, pese a que el auto se le comunicó eficaz y oportunamente (Folios 368, 370 y 370 vto.), tal entidad guardó silencio.

### **III. Argumentos de las partes y los intervinientes**

Dentro de la actuación, las partes y los intervinientes presentaron los argumentos que se exponen a continuación:

#### **a. Las partes**

##### **1. Contraloría General de Caldas**

El apoderado de la Contraloría General de Caldas resumió en la solicitud de solución del conflicto la posición de esta frente a lo expuesto por la Contraloría General de la República:

*“El conflicto de competencias que se presenta en el presente caso es en relación a una entidad cooperativa conformada en su mayoría por recursos públicos de hospitales de los departamentos de Caldas, Quindío y Risaralda, la cual a juicio de este organismo de control debe ser vigilada por la Contraloría General de la República por confluir recursos de 3*

*departamentos, por otra parte considera la Contraloría General de la República que teniendo en cuenta que en su mayoría los recursos públicos pertenecen al departamento de Caldas es la Contraloría de Caldas la competente para vigilar a dicha entidad” .*

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de Caldas presentó los alegatos vía correo electrónico, en los cuales manifestó que está demostrado que el patrimonio de Coodesca es eminentemente público, que la Contraloría General de la República ha sostenido que al haber mayor porcentaje de recursos de Caldas en esa cooperativa, le corresponde auditarla a la Contraloría General de Caldas, pero que *“dicho concepto no se encuentra soportado en norma alguna”*, y que al confluir recursos públicos de dos entidades territoriales como los Departamentos de Caldas y Quindío, es competente para auditar los mismos la Contraloría General de la República.

## **2. La Nación – Contraloría General de la República**

El apoderado de la Nación – Contraloría General de la República hace una exposición acerca del control fiscal en la normativa constitucional y legal y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los órganos de dicho control y el ejercicio del control excepcional por parte de la Contraloría General de la República sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales. En cuanto al conflicto de competencias planteado manifiesta que la Contraloría General de la República no es competente para vigilar a Coodesca por las siguientes razones:

*“En primer lugar, Coodesca NO hace parte de ninguno de los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, no es un órgano autónomo e independiente como los de control y electorales, no es un organismo creado para hacer parte de la estructura de la administración nacional (Literal g del artículo 38 de la Ley 489 de 1998), no es una entidad, organismo, organización, persona jurídica o sociedad del orden nacional.*

*En segundo lugar, Coodesca no maneja fondos o bienes de la Nación.*

*En tercer lugar, no media una circunstancia que amerite control fiscal excepcional, ya que no se advierte solicitud alguna de control excepcional por parte del Gobierno departamental, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República, de los miembros de las Corporaciones Públicas Territoriales o de las veedurías ciudadanas, y menos orden de la Contraloría General de la República en tal sentido, que pudiera dar a entender que se deba asumir la competencia del asunto con tal criterio” (Folio 77).*

Luego señala que conforme al artículo 272 de la Constitución, la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y a las contralorías departamentales incumbe la de los municipios que carezcan de dicho órgano de control, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. Continúa diciendo:

*“El criterio señalado no solo envuelve el control fiscal de los departamentos, distritos y municipios sino también de los organismos que integran la estructura de la administración*

*departamental y municipal y de las entidades de este orden, adscritas o vinculadas. En este último evento, esa relación –vinculación o adscripción– es la que determina el orden al que pertenecen las entidades, puesto que sitúa al órgano dentro del nivel administrativo correspondiente, ya sea nacional, departamental o municipal. Tal dependencia corresponde definirla al legislador en el nivel nacional, la Asamblea en el nivel departamental, al Concejo en el nivel municipal y a los cooperados o asociados en el caso de entidades constituidas entre varios departamentos o entre varios municipios, a los cuales no solo les corresponde la misión de establecer cómo está compuesto cada sector administrativo sino también la de indicar el grado de relación –vinculación o adscripción– existente entre cierta entidad u otra.*

*Agréguese también que en aquellas entidades en las cuales concurren varias entidades territoriales o descentralizadas de estas, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los asociados individualmente considerados, sin que por ese hecho esta ostente un nivel jerárquico superior ni aislado de la entidad administrativa al cual se adscriba o vincule. Inclusive, cabe diferenciar la adscripción o vinculación de una entidad a un municipio o departamento de la jurisdicción territorial donde aquellas prestan sus servicios o cumplen sus funciones, toda vez que aquellas pueden estar adscritas o vinculadas a un determinado municipio o departamento pero extender sus servicios o funciones más allá de los límites territoriales de estos últimos. (...)” (Folios 77 y 78).*

Finalmente, el apoderado de la Contraloría General de la República concluye que si la cooperativa está adscrita o vinculada al Departamento de Caldas, la competencia para el ejercicio del control fiscal recae en la Contraloría General de Caldas; si no lo está, considera que les corresponde a los órganos directivos de la cooperativa señalar en sus estatutos a qué departamento o municipio está adscrita o vinculada y de contera, la Contraloría que habrá de ejercer la vigilancia de su gestión fiscal.

## **b. Los intervinientes**

Las entidades que intervinieron fueron las siguientes:

### **1. Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca)**

El apoderado de la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca), en su memorial de intervención en el presente conflicto, expresa, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Coodesca es una cooperativa, “*persona jurídica de derecho privada*”, que fue creada en la forma de administración pública cooperativa (Decreto 1482 de 1989) con el objetivo de comercializar a sus asociados a bajos costos todos los elementos necesarios para el funcionamiento de las instituciones de salud, y desde 2015 transformó su naturaleza jurídica a la de una cooperativa multiactiva, con la autorización de la Superintendencia de la Economía Solidaria mediante la Resolución 20143500007535 del 21 de agosto de 2014 (Folios 86 y 87).

- 2) Coodesca no ejecuta ni administra fondos públicos, su relación con las empresas sociales del Estado, afiliadas o no a ella, se limita a una relación comercial de compraventa y suministro de medicamentos e insumos médicos como lo hace con el público en general. No recibe transferencias o recursos económicos de la Nación o de alguna entidad territorial o descentralizada por servicios pues sus ingresos provienen de la mencionada operación comercial (Folio 88)
- 3) Cita el oficio GJR-1300 (20117-156308) del 15 de agosto de 2011 de la Contaduría General de la Nación dirigido no a la Contraloría General de la República, como dice el memorialista, sino al Gerente de Coodesca (Folios 319 a 322), en el cual la Contaduría manifiesta que Coodesca *“recibió un aporte estatal público inicial y actualmente cuenta tan solo con 5.06% de patrimonio público, que corresponde al porcentaje de los aportes de los asociados”* (Folio 320) y concluye que Coodesca no se encuentra dentro de los organismos y entidades a las cuales se aplica el Régimen de Contabilidad Pública (RCP), según el artículo 35 de la Resolución 354 del 5 de septiembre de 2007 de la Contaduría General de la Nación.
- 4) En la actualidad se encuentran asociados a Coodesca, Hospitales de los Departamentos de Caldas y Quindío, al igual que personas y entidades privadas.

Dice el apoderado que la ausencia de competencia de la Contraloría General de Caldas para ejercer el control fiscal respecto de Coodesca ya fue definida en sede judicial de segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la Sentencia 049 del 14 de mayo de 2015, dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el 17001333100420110020402. Transcribe muchos apartes de la sentencia siendo de destacar el siguiente sobre el tema del conflicto:

*“Establecido entonces que la Administración Pública Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas y Quindío, Coodesca, es una entidad supradepartamental, debe concluirse que la Contraloría Departamental de Caldas no era la competente para realizar el control fiscal a la Administración Pública Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas y Quindío, Coodesca, y por ende tampoco le era dable cobrar cuota de auditaje o vigilancia fiscal a dicha entidad, pues la competencia como se explicó ut supra radicaba en la Contraloría General de la República”* (Folio 99, coincidente con el aparte de la sentencia visible a folio 288 del expediente).

Cabe señalar que la mencionada sentencia, cuyo texto completo está a folios 256 a 291, se basó en el Concepto 1007 del 1º de octubre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil que determinó que el control fiscal de una asociación de municipios de diferentes departamentos, corresponde a la Contraloría General de la República, con fundamento en el principio de jerarquía y lo dispuesto sobre control fiscal en el artículo 48 de la Ley 99 de 1993 referente a las corporaciones autónomas regionales y el artículo 24 de la Ley 128 de 1994 relacionado con las áreas metropolitanas integradas por municipios de distintos departamentos, criterio que fue acogido por la Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 22 de enero de 2009 dentro del proceso radicado con el 25001-23-24-00-2002-00587-01.

- 5) Coodesca añade que contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas, citada en el punto anterior, se ejerció una acción de tutela por parte de la Contraloría

General de Caldas, la cual fue denegada por el Consejo de Estado tanto en fallo del 22 de septiembre de 2015 de primera instancia de la Sección Segunda, como en fallo del 4 de febrero de 2016 de segunda instancia de la Sección Cuarta (Expediente 11001-03-15-000-2015-01831-01), pues ambas Secciones consideraron que la providencia cuestionada no incurrió en desconocimiento del precedente judicial dado que siguió la línea fijada por la Sección Primera en la sentencia arriba referida y, por ende, no se vulneraron los derechos constitucionales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

- 6) Señala que no existe el conflicto de competencia por cuanto la Contraloría General de Caldas, en lugar de enviar el asunto a la autoridad que consideraba competente, procedió a presentar el derecho de petición de solución del conflicto y llama la atención de que después de los fallos mencionados en los dos puntos anteriores, que se basaron en la falta de competencia de dicha contraloría, se provoque el conflicto de competencias, *“lo que denota la intención de que la H. Sala de Consulta y Servicio Civil revise los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Caldas y la Sección Cuarta de la Sala Contencioso-Administrativa del H. Consejo de Estado”*.
- 7) Indica que es cierto el pronunciamiento del 4 de febrero de 2016 del Gerente Departamental Colegiada (sic) de la Contraloría General de la República (Folio 22), en el sentido de que no es competente para ejercer la función de vigilancia y control de los recursos de Coodesca, pero que resulta contradictorio con la posición asumida desde 2006 y ratificada en el oficio 80112 (2011EE82798) del 28 de septiembre (sic, es de octubre, según Folio 254) de 2011, en el que la Contraloría General de la República afirmaba que era el órgano competente al que le correspondía realizar el control fiscal a Coodesca y no, la Contraloría General de Caldas.
- 8) Coodesca insiste en que los recursos administrados y ejecutados por ella no pertenecen a ningún presupuesto público, sino que son propios y provienen de las operaciones comerciales que realiza en el marco de la multiactividad autorizada por la Superintendencia de la Economía Solidaria, mediante la Resolución 20143500007535 del 21 de agosto de 2014, y que las relaciones establecidas con sus asociados y el público en general están regidas por el derecho privado. Para sostener esto, hace una amplia exposición sobre la creación de la cooperativa bajo la figura de la *“administración pública cooperativa”* en la que participaron todas las instituciones que componían la red pública hospitalaria de Caldas y que, una vez realizados los aportes, los recursos derivados de la actividad comercial de la cooperativa no pertenecen a los asociados sino a la cooperativa y son privados.
- 9) Destaca que la cooperativa no se encuentra adscrita ni vinculada al Departamento de Caldas, cuando manifiesta que Coodesca *“en su conformación en principio fue realizada con aportes realizadas (sic) por entidades de derecho público –Hospitales-constituidos como Empresas Sociales del Estado, tal situación no hace que la misma pertenezca al sector descentralizado departamental en tanto la misma por su condición cooperativa no se encontraba, ni se encuentra adscrita o vinculada a la*

**Administración Departamental de Caldas**, razón por la cual tampoco sobre la misma se ejerce un control de tutela o administrativo por parte del ente departamental, **al punto que ningún funcionario de tal orden hace parte de su asamblea o Consejo de Administración**” (Negrilla del memorialista). Cita los artículos 39 y 68 de la Ley 489 de 1998 y la Sentencia C-889 de 2002 de la Corte Constitucional, sobre entidades descentralizadas, para concluir que Coodesca “no puede ser asimilada ni hace parte del sector descentralizado del orden departamental”.

- 10) Cita la Sentencia T-284 de 2006 de la Corte Constitucional, según la cual “**las Cooperativas, entre las que se cuentan las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas establecidas por la nación y los entes territoriales, aunque estén conformadas por personas jurídicas de derecho público, ostentan la naturaleza de personas jurídicas de derecho privado, encontrándose regidas por la reglamentación propia de las cooperativas, y en particular, para el caso de la forma asociativa especial (cooperativas de entidades territoriales) a las reglas especiales de la Ley 79 de 1988 y el Decreto 1482 de 1989 ...**” (Negrillas del apoderado) (Folios 117 y 118) y menciona que los fallos de tutela de la Corte Constitucional tienen carácter vinculante para las autoridades públicas en cuanto a su *ratio decidendi* (Folio 124). Agrega que esta Sentencia de la Corte Constitucional fue citada por el Tribunal Superior de Manizales en Sentencia de tutela del 22 de febrero de 2012 (Radicación 17001-31-10-006-2011-00721-01-02), mediante la cual se dispuso que la Contraloría General de Caldas no podía exigirle a Coodesca la realización de una audiencia pública de rendición de cuentas por ser un ente de naturaleza privada (Folios 126 y 127).
- 11) Señala que en la actualidad hay ocho (8) administraciones públicas cooperativas, con igual objeto, actividad y conformación a la de Coodesca, a saber:
- i) Codesuris del Departamento de Risaralda.
  - ii) Coodescor del Departamento de Córdoba.
  - iii) Coodestol del Departamento del Tolima.
  - iv) Coodemcun del Departamento de Cundinamarca.
  - v) Cohosan del Departamento de Santander.
  - vi) Cohan del Departamento de Antioquia.
  - vii) Cohosval del Departamento del Valle del Cauca.
  - viii) Cosboy del Departamento de Boyacá.

Dice que a estas entidades, “*las respectivas Contralorías de sus Departamentos no les realizan cobro alguno por concepto de cuota de auditaje y ni siquiera les hacen requerimientos*”



o control alguno, en el entendido de que ostentan una naturaleza jurídica privada y de que su patrimonio es así mismo privado, lo cual denota que **no es susceptible de control fiscal.**" (Negrillas del apoderado).

- 12) Trata luego de la Superintendencia de la Economía Solidaria, su ubicación dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y la facultad del Presidente de la República de delegar en los superintendentes, entre otros funcionarios, funciones como la inspección, vigilancia y control del manejo de recursos captados del público, conforme a los artículos 189-20 y 24 de la Constitución y 13 y 38 de la Ley 489 de 1998, para inferir que el *"control sobre la cooperativa también es control estatal"* y tiene como fin *"velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos"* (Folio 129), función que, según sus palabras, *"en igual sentido está realizando la Contraloría General de Caldas, sometiendo a la demandante (sic) a un doble control y doble pago por concepto de cuota de fiscalización, para que ahora cuando resulta vencida en sede judicial se estime de manera disimulada como incompetente con la esperanza de que esa encumbrada Sala revise la postura asumida tanto por el Tribunal Administrativo de Caldas, como de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo H. Consejo de Estado"*.
- 13) Presenta los artículos 6, parágrafo 2º, 36, 37, 53 y 58 de la Ley 454 de 1998 sobre la economía solidaria y su aplicación a la cooperativa Coodesca, para insistir en la vigilancia exclusiva de la Supersolidaria.
- 14) Se refiere al tema de los sujetos de control fiscal y transcribe los artículos 2º y 8º de la Ley 42 de 1993, de donde él infiere que *"los principios del control fiscal no aplican a los particulares que administran fondos o bienes públicos"* (Folio 137) y que respecto de ellos se haría únicamente un control de resultados, tendiente a verificar el cumplimiento de los objetivos previstos por la administración.

Pero luego cita el artículo 21 de esa ley sobre el control fiscal a las sociedades de economía mixta y deduce que *"si entidades como Coodesca son sujetos de control fiscal, serán **SOLAMENTE en lo atinente a los recursos del Estado**, situación que no acontece respecto de Coodesca pues no maneja recursos públicos, como ya se dejó expresado"* (Folio 138), y más adelante, en relación con el objeto del control fiscal, dice, con base en el artículo 4º de dicha ley, que se encuentra constituido por la gestión fiscal y que *"cuando se trata de particulares que manejan fondos y bienes públicos, el objeto del control fiscal **no es toda su gestión económica**, como ocurre con los entes exclusivamente públicos, sino tan sólo la gestión relacionada con tales fondos o bienes, limitación que resulta apenas obvia si se tiene en cuenta que la única razón por la cual el particular es sujeto de control fiscal es el manejo por parte suya de recursos públicos"* (Negrillas del apoderado).

- 15) Reafirma lo anterior cuando trata del alcance del control fiscal respecto de los particulares que administran fondos públicos, pues luego de citar los artículos 267 y 272 de la Constitución, 4º de la Ley 42 de 1993 y 4º-12 del Decreto Ley 267 de 2000, y algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre la función pública del control fiscal, expresa que *"el sujeto de control **no es el ente orgánico privado como tal, sino***

***la gestión fiscal asignada para la administración de aquel patrimonio público y en esa justa medida.***”(Negrillas y subrayado del apoderado).

- 16) En relación con los aportes públicos de los Departamentos de Caldas y Quindío, constituidos por los aportes de Empresas Sociales del Estado de esos dos departamentos, manifiesta el apoderado de Coodesca que si se aplicara el criterio jurídico de la Contraloría General de Caldas sostenido durante más de diez (10) años, *“(hasta que se declaró virtualmente incompetente en el escrito que dio origen al trámite de la referencia)”* (Folio 142), dicha Contraloría estaría invadiendo la competencia de la Contraloría General del Quindío, pues esta también se encontraría legitimada para realizar el cobro por concepto de fiscalización y cuota de auditaje.
- 17) Ratifica que existe un precedente judicial que implica que sea ilegal cualquier control o intervención de la Contraloría General de Caldas sobre Coodesca, relacionado con la Sentencia 049 del 14 de mayo de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas, en segunda instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el 17001333100420110020402, la cual fue citada y respecto de la cual dicha Contraloría ejerció una acción de tutela que no prosperó en el Consejo de Estado, conforme se explicó.

Esa sentencia determinó la falta de competencia de la Contraloría General de Caldas para fiscalizar a Coodesca, declaró la nulidad de los actos administrativos que efectuaron el cobro de la cuota de fiscalización a Coodesca para la vigencia fiscal de 2010 y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Contraloría mencionada reintegrar a Coodesca el valor de dicha cuota indexado a la fecha de la sentencia. Insiste en que la Contraloría General de Caldas no puede pretender que la Sala de Consulta, por la vía del conflicto de competencias, revise las aludidas sentencias judiciales ejecutoriadas, ni empoderar su defensa ante los Juzgados Administrativos de Manizales que conocen en la actualidad, de cinco (5) demandas de Coodesca, de las cuales cita cuatro (4), contra las cuotas de auditaje posteriores a 2010.

- 18) El apoderado, para apoyar su tesis de que *“Coodesca en sí misma no es sujeto de control fiscal”* (Folio 148), cita los artículos 57 a 61, 63, 67 y 68 sobre los aportes sociales (Folios 145 a 148), del Capítulo VII del Régimen Económico y Financiero, de los Estatutos de Coodesca, pero se observa que estos no corresponden a los actuales estatutos. En efecto, los estatutos vigentes fueron aprobados el 18 de marzo de 2015 por la Asamblea General Ordinaria de Asociados (Folios 176 a 229), cuyo Capítulo VIII se refiere al *“Régimen contractual, económico y financiero”* y comprende los artículos 90 a 115.
- 19) Anota que frente al valor del patrimonio neto los aportes públicos representan el 4,98% y expresa que *“es respecto de aquellos aportes –su gestión– (del Departamento de Caldas), y no más allá, que podría eventualmente intervenir el control fiscal –de una manera válida y ajustada a aquel principio de legalidad–, teniendo en cuenta que Coodesca tiene el carácter de particular, en la cual concurren capitales públicos en un porcentaje menor, a título de aportes”*.

- 20) Finaliza diciendo que una interpretación integral de los artículos 121, referente a que ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas a las conferidas por la Constitución y la ley, y 119, 267 y 268 sobre control fiscal, de la Carta, y de la Ley 42 de 1993 referente a dicho control, conduce a *“la conclusión en este caso que el control fiscal definitivamente solamente puede ser ejercido sobre aquellos montos que sean públicos, o sea en la participación que el Estado tenga en el capital social, esto es en el aporte social, lo que para el caso de la entidad demandante se traduce en los aportes públicos de los hospitales que son sus asociados”*.

## 2. Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud)

La Asesora de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), en su alegato (Folios 351 a 358), interviene en el conflicto y lo resume diciendo que la Contraloría General de Caldas plantea su falta de competencia para efectuar el control fiscal a Coodesca, porque en esta confluyen recursos de diferentes Departamentos, circunstancia que hace radicar la competencia en la Contraloría General de la República, y esta, por su parte, considera que cuando en una entidad hay recursos nacionales y territoriales, el control fiscal lo ejercerá la Contraloría del nivel que tenga mayor participación, sin perjuicio de que la Contraloría General de la República intervenga cuando lo estime pertinente, razón por la cual Coodesca fue excluida como sujeto de control en la Resolución Orgánica 7325 de 2013.

Luego la Asesora de la Superintendencia Nacional de Salud cita la Ley 1122 de 2007, *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*. Esa ley, mediante el artículo 36, creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud como un conjunto de normas, agentes y procesos articulados entre sí, el cual está en cabeza de dicha superintendencia, de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, sin perjuicio de las facultades asignadas al Instituto Nacional de Salud y al Invima.

Presenta las definiciones de las mencionadas facultades de inspección, vigilancia y control, de acuerdo con lo dispuesto por los literales a, b y c, respectivamente, del artículo 35 de la nombrada ley, y expresa que la Superintendencia Nacional de Salud las ejerce *“sobre los sujetos que tienen a su cargo la gestión de recursos públicos destinados a la prestación de servicios en el Sistema de Seguridad Social en Salud”*, y, para alcanzar ese fin, realiza una serie de atribuciones, *“entre las que se encuentra la de sancionar a los vigilados por el incumplimiento de las normas que regulan su actuar”*. Transcribe algunos apartes de la Sentencia C-921 del 29 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, sobre los objetivos de las actividades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia y la facultad de imponer sanciones de naturaleza administrativa.

Luego la Asesora enuncia las numerosas funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con los artículos 40 (no 39) de la Ley 1122 de 2007 y 6° del Decreto 2462 de 2013, *“Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud”*.

Posteriormente especifica cuáles son los sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con el artículo 121 de la Ley 1438 de 2011, “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, notándose que en relación con las cooperativas, el numeral 121.1 menciona a las “*empresas solidarias, asociaciones mutuales en sus actividades de salud*”, pero no a las cooperativas de comercialización de medicamentos e insumos médicos. Finaliza diciendo lo siguiente:

*“De acuerdo con lo anterior, es posible concluir que las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, están orientadas al Sistema General de Seguridad Social de Salud y se ejercen de acuerdo con la normativa vigente exclusivamente sobre los sujetos enunciados anteriormente en calidad de vigilados. Para el caso concreto, la Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca), no es sujeto de Inspección, Vigilancia y Control de esta superintendencia.*

*Adicionalmente, dichas funciones de Inspección, Vigilancia y Control no comportan relación alguna con el presente caso, toda vez que el mismo está relacionado con las funciones de control fiscal asignadas constitucional y legalmente a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales y municipales”* (Folio 358).

### **3. y 4. E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato (Caldas) y E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paúl, de Aranzazu (Caldas)**

La Gerente de la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato (Caldas) y el Representante Legal de la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paúl, de Aranzazu (Caldas), coincidieron en las consideraciones que presentaron separadamente en relación con el conflicto (Folios 64, y 348 y 349, respectivamente), de las cuales se destacan las siguientes:

a. Coodesca no se encuentra adscrita o vinculada al Departamento de Caldas ni a otro organismo público.

b. Una vez realizados los aportes, los recursos derivados del ejercicio comercial de la cooperativa no pertenecen a los aportantes sino a la cooperativa y son privados.

c. Coodesca genera para sus instituciones “*grandes beneficios como agente de intermediación en el mercado económico de medicamentos e insumos necesarios para la función asistencial*” de esas empresas sociales del Estado.

### **5. E.S.E. Hospital San Simón de La Victoria (Caldas)**

El Gerente de la E.S.E. Hospital San Simón de La Victoria (Caldas), en su escrito (Folios 360 y 361), manifiesta lo siguiente:

a. La entidad hospitalaria se encuentra vinculada a Coodesca desde su constitución en 1989, y esta siempre ha tenido como ente de regulación, inspección, vigilancia y control a

la Superintendencia de Economía Solidaria, en virtud de las Leyes 79 de 1988 y 454 de 1998.

b. Los aportes sociales se encuentran respaldados por el fondo o reserva de protección de aportes que, en la actualidad, es muy superior a aquellos.

c. Su entidad es miembro de la junta de vigilancia actual y, en tal carácter, expresa que Coodesca, por su manejo administrativo y empresarial, tiene *“un excelente crecimiento y unos resultados financieros adecuados para desarrollar su objeto social”*, de manera que no utiliza los aportes sociales efectuados por los Hospitales para el giro ordinario de sus actividades.

d. Coodesca se regula por el derecho privado y *“no ejecuta normas de orden público respecto de sus ingresos y gastos, además tampoco recibe recursos de ninguna entidad del orden nacional”*.

e. El Hospital ha sido beneficiario del apoyo brindado por Coodesca, pues la calidad de entidad cooperativa y solidaria de esta, le *“ha permitido acceder a sus servicios y productos (medicamentos – dispositivos médicos) a unos excelentes precios”*.

#### **6. E.S.E. Hospital San Lorenzo, de Supía (Caldas)**

El Gerente de la E.S.E. Hospital San Lorenzo de Supía (Caldas) expresa en su escrito las siguientes consideraciones:

a. Coodesca es una persona jurídica de derecho privado, perteneciente al sector solidario y por ende sometida al control y vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria; su objeto social es la compraventa de medicamentos y sus asociados son Hospitales de los Departamentos de Caldas y Quindío.

b. La cooperativa Coodesca no recibe transferencias de la Nación ni de ningún otro organismo gubernamental. Con base en su autonomía y autogestión, la administración elabora el presupuesto de ingresos y gastos para el desarrollo de su objeto social, el cual es sometido a la aprobación del Consejo de Administración.

c. Los aportes entregados por el Hospital se encuentran *“garantizados y seguros”* por el Fondo de Protección de Aportes creado por la Ley 79 de 1988.

#### **7. E.S.E. Hospital San Vicente, de Montenegro (Quindío)**

La Gerente de la E.S.E. Hospital San Vicente, de Montenegro (Quindío), quien es miembro activo del Consejo de Administración de Coodesca, formuló en su comunicación, las siguientes consideraciones:

a. Coodesca es una forma asociativa del sector solidario y, por tanto, está sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria, a la cual le paga la cuota anual de contribución.

b. Las cooperativas deben destinar, como mínimo, el veinte por ciento (20%) de sus excedentes, a una reserva de protección de aportes sociales, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, lo cual ha hecho Coodesca hasta provisionar el doble del valor de tales aportes.

c. Las actuaciones contractuales del Hospital, como empresa social del Estado que es, se rigen por las normas propias del derecho privado, de conformidad con los artículos 195-6 de la Ley 100 de 1993, 16 del Decreto 1876 de 1994 y 30 de la Ley 1122 de 2007, *“situación que igualmente debe predicarse para el acuerdo cooperativo que dio origen a Coodesca”* (Folio 66).

d. Los aportes entregados por el Hospital a Coodesca, en caso de disolución y liquidación de esta, *“pasarían a manos de otra entidad de carácter solidario de conformidad con lo establecido en el artículo 121 de la Ley 79 de 1988”* (Folio 66).

## **IV. Consideraciones**

### **1. Competencia**

#### **a. Competencia de la Sala**

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

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

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

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

Como se evidencia del análisis de los antecedentes, el presente conflicto de competencias se ha planteado entre una autoridad del orden nacional, la Contraloría General de la República,

y una autoridad del orden territorial, la Contraloría General de Caldas. Igualmente, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para ejercer el control fiscal sobre la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Codesca). Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

## b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*<sup>2</sup>. El artículo 21 *ibidem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitido al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

<sup>2</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”*.

## 2. Problema jurídico

Si bien el apoderado de Coodesca manifiesta que, en este caso, no se cumplió lo dispuesto por el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en el sentido de que la entidad que estimaba que no tenía la competencia, vale decir, la Contraloría General de Caldas, le enviara el asunto a la que consideraba que era la competente, o sea la Contraloría General de la República, se observa en los antecedentes que sí se cumplió dicho trámite, y además, que el conflicto se encuentra configurado en la medida en que cada Contraloría rechaza la competencia y la atribuye a la otra, motivo por el cual la Sala debe entrar a resolver el conflicto.

El problema jurídico del presente conflicto consiste en dilucidar cuál de las dos contralorías es la competente para ejercer el control fiscal sobre la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca), entidad cooperativa constituida el 1° de julio de 1989 como una administración pública cooperativa, con la participación de Hospitales y Centros de Salud del Departamento de Caldas y una persona jurídica de derecho privado, transformada en una Cooperativa Multiactiva el 4 de noviembre de 2011 y en la cual, en la actualidad, hay participación en el capital social de Empresas Sociales del Estado E.S.E., Hospitales de los Departamentos de Caldas y Quindío, sin que se encuentre adscrita o vinculada a un departamento.

## 3. Análisis del conflicto planteado

### a. El control fiscal y la competencia para su ejercicio

En numerosas ocasiones, al emitir los conceptos sobre las consultas formuladas por el Gobierno nacional como en decisiones sobre conflictos de competencias administrativas, la Sala se ha referido al tema del control fiscal y su importancia como función pública de orden constitucional.

Es así como en la Decisión del 17 de marzo de 2016 sobre el conflicto radicado bajo el 11001-03-06-000-2015-00196-00, la Sala se refirió al control fiscal en los siguientes términos:

*“El control fiscal constituye un instrumento necesario e idóneo en un Estado de Derecho para garantizar el cabal y estricto cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado, por cuanto, en virtud del mismo, se busca ejercer un control a los resultados de la administración, vigilar la gestión fiscal y verificar el manejo correcto del patrimonio estatal. Dicho en otros términos, con esta institución se persigue la preservación y el buen manejo de los bienes que pertenecen a todos.*

*La Corte Constitucional ha mencionado que el control fiscal previsto en la Constitución Política tiene las siguientes características específicas, como se deduce especialmente del artículo 267 ibídem:*

*‘... (i) constituye una función pública autónoma ejercida por la Contraloría General de la República; (ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; (iii) sigue los procedimientos, sistemas*



y principios definidos por el Legislador; (iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia; (v) se ejerce en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios; (vi) cubre todos los sectores, etapas y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico; y (vii) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales<sup>3</sup>”.

Con referencia al tema de la competencia en materia de control fiscal, la Sala se pronunció en la Decisión del 4 de febrero de 2016, dictada respecto del conflicto de competencias administrativas radicado con el 11001-03-06-000-2015-00094-00(C). En esa oportunidad, la Sala manifestó lo siguiente:

*“En relación con la distribución de las competencias de control fiscal entre las Contralorías Departamentales y la Contraloría General de la República, la Sala ha indicado en oportunidades anteriores<sup>4</sup>, con base en los artículos 267 a 274 de la Carta Política, que a la Contraloría General de la República le corresponde vigilar la gestión fiscal de la administración y los particulares que ‘manejen fondos o bienes de la Nación’ (Artículos 267 y 268), mientras que las Contralorías Departamentales ejercen esa misma función en relación con recursos propios de las entidades territoriales (artículo 272), sin perjuicio en todo caso del control preferente de la Contraloría General de la República. Las normas citadas señalan, en lo pertinente, lo siguiente:*

*‘Artículo 267: El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.*

*Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.*

*La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial (...)*

*Artículo 272: La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.*

*La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. (...)*

3 Corte Constitucional, sentencia C-557 del 20 de agosto de 2009, expediente D-7587.

4 Consejo de Estado, Sala de Consulta, Conflictos números 110010306000 20130019700, de 13 de junio de 2013, 110010306000 201300426 de 15 de octubre de 2013 y 110010306000201400220 de 29 de mayo de 2015.

Por su parte, en el caso de recursos del Sistema General de Participaciones, la competencia será concurrente entre las Contralorías Departamentales y la Contraloría General de la República, de conformidad con lo señalado en el numeral 6 del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000<sup>5</sup>, de manera que cualquiera de las dos entidades es competente para ejercer la función de control fiscal.

Sobre la distribución de competencias entre la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, la Sala ha concluido lo siguiente:

*‘a. A la Contraloría General de la República le compete, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, ejercer el control sobre la gestión fiscal de las entidades y órganos públicos del orden nacional, inclusive aquellos de carácter autónomo (en la medida en que realicen gestión fiscal), así como sobre los particulares y las demás entidades públicas que administren o manejen bienes o fondos de la Nación.*

*b. El control sobre la gestión fiscal que realicen las entidades territoriales y sus descentralizadas compete a las respectivas contralorías locales, con la precisión de que el control fiscal en los municipios corresponde, en principio, a las contralorías departamentales, salvo lo que disponga la ley sobre las contralorías municipales (artículo 272, inciso 2º de la C. P.).*

*c. Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República puede ejercer, en forma excepcional, el control fiscal sobre los bienes y recursos propios de cualquier entidad territorial (artículo 267, inciso 3º de la Carta).*

*d. Respecto de los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, a cualquier título, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente, es decir, que cualquiera de ellas puede ejercer, en principio, el control fiscal. Sin embargo, la competencia de la Contraloría General de la República es prevalente, lo cual implica, a juicio de la Sala, que una vez iniciada una actuación por la Contraloría General, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso, y por el contrario, si después de empezada una investigación o proceso por la contraloría territorial, la Contraloría General de la República decide intervenir, su efectiva participación desplaza a la contraloría territorial. Este tipo de control prevalente es diferente del control excepcional mencionado en el punto anterior.*

*e. Cuando las competencias de control fiscal de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales son concurrentes, dispone la Constitución y la ley que la primera pueda ejercer el control en forma prevalente. Dada la naturaleza potestativa de esta función, la Contraloría General de la República no puede ser obligada a ejercerlo, y mal podrían las contralorías territoriales exigirle que lo haga.<sup>6</sup>”*

5 “Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República: (...)”

6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales.” Sobre el alcance de este artículo puede verse la Sentencia C-127 de 2002 y la providencia de esta Sala del 13 de julio de 2013, expediente 2013-00197, en la que se aclara que la competencia para la vigilancia de los recursos del Sistema General de Participaciones es concurrente”

6 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto de competencias administrativas 11001030600020130042600 del 15 de octubre de 2013.

La Ley 79 de 1988, “*Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa*”, guarda silencio sobre las reglas de control fiscal para las administraciones públicas cooperativas. Por lo tanto, se debe acudir a la Ley 42 de 1993 y a los desarrollos doctrinales.

La Ley 42 de 1993, “*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*”, establece en el artículo 3º que “*son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior*”, y el artículo anterior, el 2º de la ley, menciona entre otras entidades a “*las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos y el Banco de la República*” (Resalta la Sala).

Es claro que entre “*las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización*”, se encuentran las cooperativas incluidas las entidades como Coodesca que tiene participación estatal, consistente en la de sus asociados, las empresas sociales del Estado E.S.E., que son los Hospitales de los Departamentos de Caldas y Quindío que actualmente hacen parte de ella.

Resulta oportuno mencionar que de acuerdo con la certificación del Revisor Fiscal y la Contadora de Coodesca, de fecha 11 de junio de 2015 (Folio 231), los aportes sociales a 31 de diciembre de 2014 estaban representados en los siguientes porcentajes de participación:

Tipo asociado	% Participación
Públicos Caldas	75.89%
Públicos Quindío	21.35%
Particulares Caldas	2.76%

Como se advierte, hay una participación estatal mayoritaria, en la cooperativa Coodesca que amerita control fiscal, dado que se trata de recursos públicos que, como tales, deben ser siempre objeto de control fiscal, independientemente de que la cooperativa no los utilice para el giro ordinario de sus negocios o que la misma esté sujeta a las normas de derecho privado, o que haya un fondo de protección de aportes, pues, conforme se vio, los artículos 267, 268 y 272, entre otros, de la Constitución y la Ley 42 de 1993 y normas concordantes, establecen la función pública de ejercer el control fiscal dondequiera que se encuentren recursos públicos, como es el caso de Coodesca, en cuyo patrimonio están en primer lugar los aportes sociales individuales, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 79 de 1988 sobre cooperativas.

Esta conclusión no debería cambiar, aun si el porcentaje de participación estatal hubiere disminuido, pues el control fiscal atiende a la existencia y naturaleza de un recurso público, independiente del tipo de entidad o que se regule por el derecho privado.

## **b. El control fiscal es distinto del ejercido por la Superintendencia de la Economía Solidaria (Supersolidaria)**

La Ley 454 del 4 de agosto de 1998, “*Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas*

en el Departamento Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones”, creó la Superintendencia de la Economía Solidaria como un organismo técnico destinado a ejercer la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y las organizaciones de la Economía Solidaria. Dice así su artículo 33:

**“Artículo 33. Creación y naturaleza jurídica.** Créase la Superintendencia de la Economía Solidaria como un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera”.

El artículo 34 indica las entidades objeto de su supervisión:

**“Artículo 34. Modificado por el artículo 98 de la Ley 795 de 2003. Entidades sujetas a su acción.** El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y de las organizaciones de la Economía Solidaria que determine mediante acto general, que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado. En el caso de las cooperativas de ahorro y crédito multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito, las funciones serán asumidas por esta Superintendencia, mediante el establecimiento de una delegatura especializada en supervisión financiera, la cual recibirá asistencia tecnológica, asesoría técnica y formación del recurso humano de la Superintendencia Bancaria.(...)”.

El artículo 35 de la Ley 454 de 1998 establece los objetivos y finalidades de esta Superintendencia, así:

**“Artículo 35. Objetivos y finalidades.** La Superintendencia de la Economía Solidaria, en su carácter de autoridad técnica de supervisión desarrollará su gestión con los siguientes objetivos y finalidades generales:

1. Ejercer el control, inspección y vigilancia sobre las entidades que cobija su acción para asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias y de las normas contenidas en sus propios estatutos.
2. Proteger los intereses de los asociados de las organizaciones de economía solidaria, de los terceros y de la comunidad en general.
3. Velar por la preservación de la naturaleza jurídica de las entidades sometidas a su supervisión, en orden a hacer prevalecer sus valores, principios y características esenciales.
4. Vigilar la correcta aplicación de los recursos de estas entidades, así como la debida utilización de las ventajas normativas a ellas otorgadas.
5. Supervisar el cumplimiento del propósito socioeconómico no lucrativo que ha de guiar la organización y funcionamiento de las entidades vigiladas”.

El artículo 36 indica el gran número de funciones de la Superintendencia, enmarcadas dentro de las misiones principales, la inspección, la vigilancia y el control de las organizaciones solidarias.

Cabe acotar que, como se explicó en el acápite sobre la actuación procesal, se citó a la Superintendencia de la Economía Solidaria para que interviniera en el presente conflicto de competencias, pero no concurrió.

Ahora bien, el apoderado de Coodesca insiste en su alegato, al igual que varios de los intervinientes lo expresan, que esta cooperativa se encuentra sujeta a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria (Supersolidaria) de manera que el control fiscal vendría a ser un doble control que estaría de más, pues ya esa Superintendencia ejerce el control. Ciertamente sí ejerce un control, como se aprecia en las normas transcritas, pero no el control fiscal, que tiene un contenido y unas características especiales, como se señaló en precedencia, y se encuentra radicado en cabeza de otras autoridades especializadas, como son la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales y Municipales, en aquellos municipios donde existen.

El control fiscal es específico y tiene un contenido constitucional y legal, consistente en los controles financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno (Artículos 267 y 268 de la Constitución y 8 a 19 de la Ley 42 de 1993), que lo diferencian del ejercido por la mencionada Superintendencia y otros entes de control. Es así como el artículo 4º de la Ley 42 de 1993 establece:

*“Artículo 4º. El control fiscal es una función pública, la cual vigila 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.*

*Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente ley”.*

Adicionalmente, el artículo 7º de la mencionada ley es claro cuando preceptúa:

*“Artículo 7º. La vigilancia de la gestión fiscal que adelantan los organismos de control fiscal es autónoma y se ejerce de manera independiente sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa”.*

### **c. La Sentencia 049 del 14 de mayo de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el 170013331004201120020402, y la solución del conflicto**

La Sala observa que, por medio de la Sentencia de segunda instancia 049 del 14 de mayo de 2015 (Folios 256 a 291), proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, respecto del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 17001333100420110020402, el Tribunal decidió lo siguiente:

**“SEGUNDO: REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demanda. En su lugar, **‘DECLARAR** la nulidad de la Resolución 240 del 27 de julio de 2010, mediante la cual la Contraloría General del Departamento de Caldas, fijó la cuota de vigilancia fiscal a cargo de Coodesca por la vigencia fiscal en cuantía de \$24.980.138.

**DECLARAR** la nulidad del acto administrativo del 2 de septiembre de 2010, mediante el cual la Contraloría General del Departamento de Caldas resolvió el recurso de reposición interpuesto por Coodesca contra la Resolución 240 del 27 de junio de 2010, confirmando en su integridad la resolución recurrida.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Contraloría General de Caldas reintegrar a la Administración Pública Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas y Quindío –Coodesca-, el valor correspondiente a la cuota de auditaje de la vigencia fiscal 2010 determinada en los actos administrativos anulados, valor que indexado a la fecha de esta sentencia asciende a la suma de veintiocho millones setecientos dieciséis mil doscientos cuarenta pesos (\$28.716.240). (...)”.

La razón de las decisiones anteriores se encuentra en la parte motiva de la sentencia y consiste básicamente en que el Tribunal consideró que la entidad competente para ejercer el control fiscal de la cooperativa Coodesca no era la Contraloría General de Caldas sino la Contraloría General de la República.

El Tribunal Administrativo de Caldas se basó principalmente en el Concepto 1007 del 1º de octubre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil que determinó que el control fiscal de una asociación de municipios de diferentes Departamentos, corresponde a la Contraloría General de la República, con fundamento en el principio de jerarquía y lo dispuesto sobre control fiscal en el artículo 48 de la Ley 99 de 1993 referente a las corporaciones autónomas regionales y el artículo 24 de la Ley 128 de 1994 relacionado con las áreas metropolitanas integradas por municipios de distintos departamentos, criterio que fue acogido por la Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 22 de enero de 2009 dentro del proceso radicado con el 25001-23-24-00-2002-00587-01, citada igualmente en la sentencia del Tribunal.

Resulta oportuno citar el Concepto 1007 del 1º de octubre de 1997 de la Sala, transcrito casi en su integridad por la sentencia del Tribunal, el cual se refiere al tema del control fiscal en el caso de entidades conformadas por varios Departamentos. En esa oportunidad la Sala sostuvo lo siguiente:

**“(…) Criterios para determinar la competencia de los órganos de control fiscal. En reciente pronunciamiento, la Sala afirmó:**

**“La competencia para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal está distribuida entre las contralorías General de la República, departamentales, distritales y municipales, con base en varios criterios consignados en la Constitución Política y desarrollados en la ley. Esos criterios pueden resumirse en:**

- a) **Según la pertenencia de los fondos o bienes.** Conforme al inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los fondos o bienes de la nación.
- b) **Según el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado.** El artículo 272 de la Constitución dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y a la contralorías departamentales incumbe la de los municipios que carezcan de dicho órgano de control, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.
- c) **Según el arbitrio legislativo.** Los artículos 267 y 272 de la Constitución prevén que la ley, esto es, el legislador determine los casos especiales, en que la vigilancia de la contraloría se puede realizar por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. Así mismo, se defiere a la ley la fijación de los casos excepcionales en los que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Ley 42 de 1993 comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal.

Por administración nacional se entiende según la misma ley, los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración en el nivel nacional, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que manejen recursos del Estado en lo relacionado con estos.

En el orden territorial, pertenecen a la administración departamental o municipal los organismos que integran la estructura del respectivo nivel y las entidades del correspondiente orden enumeradas en el párrafo anterior.

El criterio para asignar la competencia de la vigilancia de la gestión fiscal, fundamentado en el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado, esto es, nacional, departamental y municipal, parte del supuesto de que las entidades y organismos públicos están adscritos a los mismos niveles. Sin embargo, la Constitución Política prevé otras entidades territoriales, como son los territorios indígenas, y defiere a la ley la potestad de darles el carácter de tales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la misma y de la ley.

Así mismo, en la realidad se observan algunas entidades en las cuales pueden concurrir varias entidades territoriales o descentralizadas de estas, como es el caso de la sociedad “Lotería la nueve millonaria de la nueva Colombia Ltda.”, formada por los nueve departamentos que hasta 1991 eran intendencias y comisarías; las corporaciones autónomas regionales integradas por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica,

biogeográfica o hidrogeográfica, esto es, por varios departamentos o territorios de estos; las áreas metropolitanas integradas por dos o más municipios de un mismo departamento o de varios departamentos.

*Conforme al criterio basado en los niveles de la estructura del Estado, podría pensarse que el control fiscal de las entidades constituidas entre varios departamentos o entre varios municipios corresponde a las contralorías de esos niveles, pero no es así. En efecto, el control fiscal de las corporaciones autónomas regionales estará a cargo de la Contraloría General de la República, conforme dispone el artículo 48 de la ley 99 de 1993, y el de las áreas metropolitanas formadas por municipios de un mismo departamento corresponderá a la contraloría departamental, y si los municipios pertenecen a varios departamentos el ejercicio de ese control será de la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 24 de la Ley 128 de 1994.*

*Si el control fiscal no correspondiera a dichas contralorías, situadas en un nivel jerárquico superior, habría una competencia concurrente de todas las contralorías existentes en el mismo nivel al que pertenecen las entidades que conforman la que será sujeto de vigilancia fiscal.*

*Dicho control concurrente, al implicar diversos requerimientos de información de las varias contralorías, no armoniza con los principios de eficacia y economía que, por mandato de la Constitución, deben presidir el desarrollo de la función pública.*

*Por tanto, resulta provechoso intentar otros criterios para asignar la competencia de la vigilancia fiscal de las entidades formadas por diversos departamentos, como el de la jurisdicción bajo la cual queda comprendido el municipio donde está el domicilio principal de la entidad que es objeto de la vigilancia fiscal; o el de mayor proporción de capital aportado, si se trata de una entidad formada con aportes; o el de arbitrio de los socios, quienes fijarán en el acto de constitución y los estatutos la contraloría departamental que ejercerá la vigilancia fiscal; o el criterio basado en un principio de jerarquía, que desplazaría la competencia a la Contraloría General de la República por estar conformada la entidad sujeto de vigilancia por varios departamentos, lo que le da un nivel supradepartamental.*

*Este último criterio es el que ha servido para adoptar las normas sobre control fiscal de las entidades atrás descritas, y se ajusta al principio de subsidiariedad que, para el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, establece la Constitución Política en su artículo 288. Este principio indica que las autoridades del nivel más amplio deberán apoyar a las del nivel inferior'. (Consulta 990).*

*El mencionado criterio de jerarquía está implícito en el que se basa en el nivel del órgano o entidad dentro de la estructura orgánica del Estado. Por consiguiente, su aplicación tiene sustento en normas constitucionales tales como los artículos 267 y 272, y legales como los artículos 1º a 4º de la Ley 42 de 1993, ordenamientos que regulan la vigilancia de la gestión fiscal en nuestro país, lo que no ocurre con los otros criterios enunciados como posibles".*

Ahora bien, la Sentencia 049 del Tribunal Administrativo de Caldas cita también la mencionada sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, para inferir de ahí lo siguiente:



*“La jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es clara en determinar que en tratándose de entidades supradepartamentales, la competencia radica en la Contraloría General de la República, y no en las Contralorías Departamentales, toda vez que confluyen en ella entidades de diferentes departamentos y jurisdicciones territoriales”.*

Adicionalmente, el Tribunal Administrativo de Caldas encontró que la Contraloría General de la República había admitido tener la competencia del control fiscal sobre Coodesca. En efecto, la aludida sentencia expresa:

*“Y es que la competencia de la Contraloría General de la República para fiscalizar este tipo de entidades ha sido reconocida incluso por la oficina jurídica del ente de control a través de oficio 2006EE64610 expedido el 19 de diciembre de 2006 como respuesta a un derecho de petición presentado por la sociedad nulidiscente (fls. 227-235 C. 1). En dicho oficio, la Contraloría General precisó que ‘para efectos de determinar el organismo de control fiscal competente para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de Coodesca es importante reiterar que la misma está constituida por Empresas Sociales del Estado de diferentes departamentos, como son Caldas, Quindío y Risaralda, las cuales efectuaron sus aportes sociales, lo que indica que el capital social de la entidad, está conformado con recursos de entidades descentralizadas de diferentes departamentos, por tanto el control fiscal no podría predicarse de una sola Contraloría, toda vez, que confluyen varios entes territoriales’; concluyendo que: “Se considera que la competencia para el control fiscal a esta empresa le corresponde a la Contraloría General de la República”, en atención a que la misma es un ente supradepartamental” (Negrillas del Tribunal).*

Finalmente sobre el punto de la competencia, el Tribunal Administrativo de Caldas concluye, en la parte considerativa de la sentencia, lo siguiente:

*“Establecido entonces que la Administración Pública Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas y Quindío, Coodesca, es una entidad supradepartamental, debe concluirse que la Contraloría Departamental de Caldas no era la competente para realizar el control fiscal a la Administración Pública Cooperativa de Entidades de Salud de Caldas y Quindío, Coodesca, y por ende tampoco le era dable cobrar cuota de auditaje o vigilancia fiscal a dicha entidad, pues la competencia como se explicó ut supra radicaba en la Contraloría General de la República” (Folio 288).*

Cabe agregar que contra la citada sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas, se ejerció una acción de tutela por parte de la Contraloría General de Caldas, que fue denegada por el Consejo de Estado, tanto en fallo del 22 de septiembre de 2015 (Folios 294 a 312) de primera instancia de la Sección Segunda como en fallo del 4 de febrero de 2016 (Folios 101 a 104) de segunda instancia de la Sección Cuarta (Expediente 11001-03-15-000-2015-01831-01); ambas secciones consideraron que la providencia cuestionada no incurrió en desconocimiento del precedente judicial, dado que siguió la línea fijada por la Sección Primera en la sentencia arriba referida y, por ende, no se vulneraron los derechos constitucionales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

En estas circunstancias, la Sala observa que la interpretación relativa a que la competencia para ejercer el control fiscal sobre Coodesca no corresponde a la Contraloría General de

Caldas sino a la Contraloría General de la República fue una consideración necesaria para proferir el citado fallo, pero este no la mencionó como una de las decisiones, pues la litis se refería concretamente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no a una actuación de definición de un conflicto de competencias administrativas. Por esa razón, no se ha decidido en sede judicial ni administrativa el punto de la competencia, y, por tanto, es procedente que la Sala entre a dirimir el conflicto presentado.

Se advierte entonces que el conflicto de competencias se ha planteado y efectivamente se ha configurado al rechazar las dos Contralorías la competencia y atribuir la a la otra.

Conviene señalar que si bien la Contraloría General de la República admitió tener la competencia para el control fiscal de Coodesca, conforme lo indica la parte pertinente de la sentencia transcrita, luego, mediante la Resolución Orgánica 7325 del 30 de octubre de 2013 la rechazó al excluir a Coodesca como sujeto de control fiscal.

En efecto, el Gerente Departamental Colegiada (sic) de Caldas de la Contraloría General de la República, por medio del oficio 2015EE0148920 del 20 de noviembre de 2015, dio respuesta al oficio del 3 de los mismos mes y año de la Contraloría General de Caldas de solicitud de información de si estaba ejerciendo o iba a ejercer vigilancia fiscal sobre Coodesca, para lo cual aquel adjuntó el oficio 2015IE0109388 del 19 de noviembre de 2015 de la Directora de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República, en el cual se afirmó lo siguiente:

*“En respuesta a su solicitud me permito comunicarle que la Contraloría General de la República en la actualidad no tiene sectorizada la Cooperativa de entidades de la Salud de Caldas, Quindío y Risaralda, por cuanto en el acto administrativo Resolución Orgánica 7325 de octubre 30 de 2013, fue excluida como sujeto de control, por las siguientes razones:*

*1. La composición patrimonial en el 2013, según certificación del revisor fiscal de CODESCA (sic), estaba compuesta así:*

*- Aportes Sociales de las entidades públicas asociadas pertenecientes al Departamento de Caldas con el 73,66%.*

*- Aportes Sociales de los asociados del Departamento del Quindío con el 26,34%.*

*2. De conformidad con el artículo 65 de la Ley 42 de 1993, ‘Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley’, se estableció 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, sin perjuicio, que la Contraloría General de la República intervenga cuando lo considere pertinente. En el caso de que la participación sea igual lo ejercerá en forma prevalente la Contraloría General de la República”.*

En consecuencia, vistos los planteamientos de las partes y los intervinientes en el presente conflicto, la Sala acoge la argumentación expresada en la citada sentencia del Tribunal Administrativo de

Caldas, con la finalidad de decidir que la competencia para ejercer el control fiscal de la cooperativa Coodesca con participación estatal mayoritaria a la fecha de la certificación del revisor fiscal, es de la Contraloría General de la República, atendiendo el principio de jerarquía y el nivel de máximo organismo en materia de control fiscal en el país, que le confieren los artículos 267 y 268 de la Constitución y la Ley 42 de 1993, el carácter supradepartamental de la entidad vigilada pues en la actualidad, la conforman empresas sociales del Estado E.S.E. de los Departamentos de Caldas y Quindío, y la circunstancia de que no se encuentra adscrita ni vinculada al Departamento de Caldas, de manera que no hace parte de la estructura orgánica y administrativa de este departamento, lo cual impide que la Contraloría General de Caldas ejerza el control fiscal sobre la misma, dado lo dispuesto por los artículos 272 de la Constitución y 3º de la Ley 42 de 1993.

#### **4. La necesidad de verificación de la existencia de control fiscal de otras ocho (8) cooperativas similares a Coodesca. Exhortación a la Contraloría General de la República y a los Gobernadores de los respectivos departamentos**

El apoderado de Coodesca manifiesta que, además de esta, existen en el país, “8 Administraciones Públicas Cooperativas con igual objeto, actividad y conformación a la de Coodesca”, a saber:

- 1) Coodesuris del Departamento de Risaralda.
- 2) Coodescor del Departamento de Córdoba.
- 3) Coodestol del Departamento del Tolima.
- 4) Coodemcun del Departamento de Cundinamarca.
- 5) Cohosan del Departamento de Santander.
- 6) Cohan del Departamento de Antioquia.
- 7) Cohosval del Departamento del Valle del Cauca.
- 8) Cosboy del Departamento de Boyacá.

Agrega que a estas entidades, “*las respectivas Contralorías de sus Departamentos no les realizan cobro alguno por concepto de cuota de auditaje y ni siquiera les hacen requerimientos o control alguno*”. La Sala encuentra necesario exhortar a la Contraloría General de la República, para que se sirva verificar si las mencionadas entidades tienen aportes o recursos públicos y, por ende, si son objeto de control fiscal por alguna contraloría; también, a los Gobernadores respectivos, para que se sirvan verificar si tales entidades se encuentran adscritas o vinculadas a sus departamentos y, por tanto, si hacen parte de la estructura de estos, y para que, con base en la información obtenida, las citadas autoridades se sirvan tomar las medidas procedentes.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar competente a la Contraloría General de la República para efectuar el control fiscal a la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca).

**SEGUNDO:** Exhortar a la Contraloría General de la República para que se sirva verificar si las entidades mencionadas en el punto 4 de las consideraciones, tienen aportes o recursos públicos, y, por ende, si son objeto de control fiscal por alguna contraloría.

**TERCERO:** Exhortar a los Gobernadores de los Departamentos correspondientes a las entidades mencionadas en el punto 4 de las consideraciones, para que se sirvan verificar si tales entidades se encuentran adscritas o vinculadas a sus respectivos Departamentos y, por tanto, si hacen parte de la estructura de estos, y para que, con base en la información obtenida, se sirvan tomar las medidas procedentes.

**CUARTO:** Remitir el expediente de la referencia a la Contraloría General de la República, para que se sirva dictar una resolución por medio de la cual asuma el control fiscal de la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca).

**QUINTO:** Reconocer personería al abogado Camilo Antonio Duque Valencia, para actuar como apoderado de la Contraloría General de Caldas, y al abogado Gustavo Alfonso Cabarcas **Gómez**, para actuar como apoderado de la Nación – Contraloría General de la República, en los términos de los poderes conferidos.

**SEXTO:** Comunicar la presente decisión a la Contraloría General de la República en Bogotá D. C., la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, la Contraloría General de Caldas, la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío (Coodesca), la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato (Caldas), la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paúl, de Aranzazu (Caldas), la E.S.E. Hospital San Simón de La Victoria (Caldas), la E.S.E. Hospital San Lorenzo, de Supía (Caldas) y la E.S.E. Hospital San Vicente, de Montenegro (Quindío).

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## **7. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).**

**Asunto: Régimen de transición. Régimen pensional de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público. Competencia cuando el afiliado consolidó su estatus pensional antes de la supresión de Cajanal.**

**Radicado 2016-00069**

Fecha: 28/09/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112, numeral 10, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a estudiar el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

### **I. Antecedentes**

Con base en la información relacionada por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. La señora Nora María Giraldo Ramírez nació el 26 de junio de 1958 (folio 15).

2. La señora Giraldo Ramírez trabajó para el sector público del orden departamental, como laboratorista en la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, desde el 23 de febrero de 1981 hasta el 15 de junio de 1982; como bacterióloga en la Dirección de Orden Público y Justicia adscrita a la Secretaría de Gobierno del Departamento de Antioquia, desde el 20 de noviembre de 1985 hasta el 20 de julio de 1993; y desde el 21 de julio de 1993 hasta el 19 de diciembre de 2013 (fecha de la última certificación) trabajó para el sector público del orden nacional como profesional especializado forense en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (folios 64-66).

3. Durante el tiempo de servicios, la historia de la señora Giraldo Ramírez para efectos pensionales es la siguiente:

(i) Del 23 de febrero de 1981 hasta el 15 de junio de 1982, la entidad que respondió por los aportes fue la Dirección Seccional de Salud de Antioquia;

(ii) Del 20 de noviembre de 1985 hasta el 4 de diciembre de 1991, la entidad que respondió por los aportes fue el Departamento de Antioquia;

(iii) Entre el 5 de diciembre de 1991 hasta el 20 de julio de 1993 estuvo afiliada y cotizó en Pensiones de Antioquia;

iv) Desde el 21 de julio de 1993 hasta el 30 de junio de 2009, en la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), hoy liquidada;

v) Entre el 1° de julio de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2012 en el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones; y

vi) Entre el 1° de octubre de 2012 hasta el 19 de diciembre de 2013 (fecha de la última certificación) en Colpensiones (folios 65-66).

4. El 31 de diciembre de 2013 la señora Giraldo Ramírez solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; esa entidad, mediante Resolución GNR 270419 del 29 de julio de 2014, negó la solicitud por considerar que la peticionaria no logró acreditar el número de semanas cotizadas indicadas en el Acto Legislativo 01 de 2005 para adherirse al régimen de transición, y en consecuencia, los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (folios 2-5).

5. Notificada la Resolución GNR 270419 a la peticionaria, el 15 de agosto de 2014 la señora Giraldo Ramírez interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación allegando nuevas pruebas, las cuales tomó en consideración Colpensiones para emitir la Resolución GNR 370768 del 15 de octubre de 2014, que volvió a negar la solicitud de reconocimiento de la pensión por falta de competencia y remitió el expediente pensional a la UGPP.

6. Mediante auto ADP 002663 del 26 de marzo de 2015 (folio 10), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) declaró falta de competencia para conocer de la solicitud de pensión de la señora Giraldo Ramírez, al señalar que las peticiones de quienes causen derecho a la pensión a partir del 1° de julio de 2009 y continúen activos en el servicio deben ser remitidas para su competencia al Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones.

7. El 22 de enero de 2016 la señora Giraldo Ramírez instauró acción de tutela contra Colpensiones y la UGPP, y solicitó a Colpensiones expedir de manera favorable la resolución de pensión de vejez. El Juzgado Primero de Familia del Circuito de Medellín negó por improcedente la acción de tutela.

8. El 24 de febrero de 2016, la señora Giraldo Ramírez presentó impugnación contra la mencionada sentencia de tutela, y el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia T-8248 del 31 de marzo de 2016, concedió el amparo de los derechos constitucionales y, en consecuencia, ordenó a la UGPP y a Colpensiones remitir el expediente pensional a la autoridad correspondiente para resolver el conflicto negativo de competencias.

9. En cumplimiento de la orden judicial proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 13 de abril de 2016 la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) remitió expediente pensional de la señora Giraldo Ramírez a la Sala de Consulta y Servicio Civil, para que resuelva el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre esta entidad y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

10. El 29 de abril de 2016 la UGPP, por medio de apoderado general y subdirector jurídico, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que defina el conflicto negativo de competencias suscitado entre esta Unidad y Colpensiones, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de pensión de la señora Nora María Giraldo Ramírez.

## **II. Actuación procesal**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Consta que se informó sobre el presente conflicto a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la señora Nora María Giraldo Ramírez, al Tribunal Superior de Medellín – Sala de Familia- y al Juzgado Primero de Familia Oral de Medellín, con el fin de que pudieran presentar sus argumentos o consideraciones de estimarlo pertinente. Obra también constancia de la Secretaría de la Sala que, durante la fijación del edicto, se recibieron alegaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) (folios 86-101), y de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

## **III. Argumentos de las partes**

### **1. De la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**

La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) aseguró que la señora Nora María Giraldo Ramírez, servidora del sector público nacional, contaba con 36 años de edad para el 1° de abril de 1994, lo que la hizo beneficiaria del régimen de transición de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Agregó que al ser parte del régimen de transición, la solicitud de reconocimiento de la pensión debía ser resuelta por la entidad competente conforme a lo establecido en el régimen especial que la cobija.

Colpensiones destacó que la peticionaria reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados en el Decreto 546 de 1971 (régimen especial que la cobija), esto es, 20 años de servicios y 50 años de edad, con anterioridad al 1° de julio de 2009, es decir, antes de la liquidación de Cajanal y del traslado masivo al ISS. Por este motivo, le corresponde a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Giraldo Ramírez, toda vez que se encontraba consolidado su derecho pensional de acuerdo con lo señalado en el Decreto 2196 de 2009.

### **2. De la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).**

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) señaló que Colpensiones es la encargada del reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Giraldo Ramírez, dado que revisado el certificado de información laboral se evidenció que la peticionaria adquirió el estatus jurídico al cumplir 55

años de edad, el 26 de junio de 2013, esto es, después de la supresión de Cajanal y cuando estaba afiliada a Colpensiones (folio 103).

#### **IV. Consideraciones**

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

###### **a. Competencia.**

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

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

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

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

Como se evidencia en los antecedentes, el conflicto de competencias se planteó entre dos autoridades del orden nacional, la UGPP y Colpensiones.

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto que consiste en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago pensional presentada por la señora Nora María Giraldo Ramírez.

Reunidos los requisitos previstos en el artículo 39 del CPACA, la Sala es competente para dirimir el conflicto.

###### **b. Términos legales**

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo ordena:



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

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34<sup>1</sup> del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben registrarse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6° de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

## **8. Aclaración previa**

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia. Debe agregarse

1 Ley 1437 de 2011, artículo 2°. “Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este código. // Artículo 34: “Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Primera Parte del código.”

que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 9. Problema jurídico

Como se aprecia en la exposición de los antecedentes, el presente conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre Colpensiones y la UGPP se generó debido a que estas entidades manifestaron su falta de competencia para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Nora María Giraldo Ramírez.

Para resolver la controversia descrita, previo análisis de la normativa que reguló la asunción de competencias de la UGPP y Colpensiones como consecuencia de la liquidación de Cajanal y del ISS, es menester analizar por parte de la Sala: *i*) si la señora Giraldo Ramírez es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con las limitaciones impuestas por el Acto Legislativo 01 de 2005; *ii*) si le aplica el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público contenido en el Decreto 546 de 1971; y *iii*) el cumplimiento de los requisitos de la peticionaria para acceder a la pensión de vejez.

## 10. Análisis del conflicto planteado

### a. Liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y distribución de Competencias de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) fue creada por la Ley 6ª de 1945<sup>2</sup>, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a cuyo cargo se encomendó el reconocimiento y pago de las prestaciones de “*los empleados y obreros nacionales de carácter permanente*”<sup>3</sup>.

De manera posterior, esta entidad fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado mediante la Ley 490 de 1998<sup>4</sup>, y en materia pensional, se le encomendó continuar “*con las funciones de trámite y reconocimiento de pensiones, así como con el recaudo de las cotizaciones en los términos establecidos por la ley*” (artículo 4º). Sin embargo, dado que las evaluaciones de la gestión administrativa de esta entidad evidenciaron que la misma no había logrado superar los problemas estructurales que afectaban la prestación eficaz y eficiente del servicio público de la seguridad social en pensiones, y que generaban contingencias fiscales para la Nación, el Gobierno nacional, mediante Decreto 2196 de 12 de junio de 2009<sup>5</sup>, ordenó

2 Ley 6ª de 1945. “Artículo 18. El Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior. La organización de esta entidad se hará por el Gobierno antes del 1º de julio de 1945”.

3 Ley 6ª de 1945. Artículo 17.

4 Art. 1º. *Naturaleza jurídica. La Caja Nacional de Previsión Social, establecimiento público del orden nacional creado mediante la Ley 6ª de 1945, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su régimen presupuestal y de personal será el de las entidades públicas de esta clase. Estará vinculada al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Para todos los efectos legales la denominación de la empresa es, Caja Nacional de Previsión Social y podrá utilizar la sigla “Cajanal”. (...)*”

5 Decreto 2196 de 2009. “Artículo 1. Supresión y liquidación. Suprimase la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, creada por la Ley 6ª de 1945 y transformada en empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, mediante la Ley 490 de 1998,

la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal EICE-, por lo que la entidad cesó sus funciones a partir de la misma fecha (12 de junio de 2009); su liquidación concluyó en junio de 2013.

No obstante el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 2196 de 2009 dispuso:

*“En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente decreto de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal EICE en Liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por la Ley 1151 de 2007”. (Negrillas de la Sala)*

Por su parte el 4º del Decreto 2196 de 2009 estableció:

*“La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS...”*

Se tiene entonces que Cajanal en liquidación debió continuar con los trámites de reconocimiento de pensiones causadas o que se causaran antes del 12 de julio de 2009, fecha de vencimiento del término previsto por el artículo 4º del citado Decreto 2196 para el traslado de los afiliados de la Caja al ISS. Dicha obligación del proceso liquidatorio concluiría cuando la UGPP asumiera esa función.

El artículo 156 de la Ley 1151 de 2007<sup>6</sup> creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para “... i) *El reconocimiento de derechos pensionales... causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación...*”; eso significó que parte de los asuntos que habían sido encomendados a Cajanal pasara a estar a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 en cita, fue expedido el Decreto Ley 169 de 2008<sup>7</sup> que dispuso como función de la UGPP:

---

vinculada al Ministerio de la Protección Social. Para todos los efectos utilizará la denominación “Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en Liquidación. En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, dicha entidad entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, que podrá ser prorrogado por el Gobierno nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado.”

6 Ley 1151 de 2007 (julio 24), “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

7 Decreto 169 de 2008 (enero 23), “Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)”.

*“El reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras, así como el de aquellos servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras. De igual manera, le corresponderá la administración de los derechos y prestaciones que reconocieron las mencionadas administradoras y los que reconozca la Unidad en virtud de este numeral.”* (Resalta la Sala).

Con base en el análisis de las disposiciones tomadas en consideración, le correspondería a la UGPP el reconocimiento de los derechos pensionales de aquellas personas que cumplieron los requisitos de edad y de número de semanas cotizadas o tiempo de servicios exigidos, antes de la cesación de las actividades de la respectiva administradora a la que se encontraban afiliados. El Decreto 575 de 2013<sup>8</sup>, sobre estructura y funciones de la UGPP, en el artículo 2° reiteró dicha competencia:

*“Objeto. En los términos establecidos por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando. (...)”*<sup>9</sup>.

## **b. La liquidación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).**

El artículo 8 de la Ley 90 de 1946<sup>10</sup> creó el Instituto de Seguros Sociales:

*“ARTÍCULO 8. Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá”*.

La Ley 100 de 1993<sup>11</sup>, por el cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 52 estableció la competencia general del ISS para el reconocimiento de las pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Adicional a lo anterior, la Ley 100 adoptó medidas tendientes a extinguir en el tiempo las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público, nacional y territorial, para lo cual previó que, mientras subsistieran, continuarían administrando el régimen en mención *“respecto de sus afiliados”*.

8 Decreto 0575 de 2013 (marzo 22), *“Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se determinan las funciones de sus dependencias”*.

9 El segundo inciso del artículo 2° del Decreto 575 de 2013 agrega: *“Así mismo, la entidad tiene por objeto efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como el cobro de las mismas.”*

10 Ley 90 de 1946 (diciembre 26). *Diario Oficial* No 26.322, del 7 de enero de 1947. *“Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”*.

11 Ley 100 de 1993 (diciembre 23) *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*.

El artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 creó la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), como “Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional” y ordenó al Gobierno “... la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales (ISS), en lo que a la administración de pensiones se refiere...”. El Gobierno, mediante Decreto 2011 de 2012<sup>12</sup>, reglamentó la entrada en vigencia de Colpensiones de la siguiente manera:

“Artículo 1°. Inicio de Operaciones. A partir de la fecha de publicación del presente decreto, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) inicia operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

“Artículo 2°. Continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Afiliados y Pensionados en Colpensiones. Los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) mantendrán su condición en la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), así como los derechos y obligaciones que tienen en el mismo régimen, sin que ello implique una selección o traslado de régimen del Sistema General de Pensiones.”

“Artículo 3°. Operaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:

1. Resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo aquellas que habiendo sido presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales (ISS), o la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), no se hubieren resuelto a la entrada en vigencia del presente decreto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 5° del mismo.(...)

Así las cosas, las funciones que le correspondieron al Instituto de Seguros Sociales (ISS) incluidas las de reconocimiento de los derechos pensionales de sus afiliados, fueron reasignadas a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) a partir del 28 de septiembre de 2012.

### **c. Régimen de transición en materia de pensiones.**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso los requisitos para acceder al régimen de transición:

*“Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad***

<sup>12</sup> Decreto 2011 de 2012 (septiembre 28). “Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y se dictan otras disposiciones”.

*si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)* (Negrillas fuera del texto).

Respecto de los servidores públicos, el artículo 6° del Decreto 813 de 1994<sup>13</sup> que reglamentó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al referirse a la transición de las normas pensionales, estableció algunas reglas para determinar la asunción de competencias por parte de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraran afiliados, para el conocimiento de las solicitudes de pensiones:

*“Artículo 6°. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

*a) Cuando a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuente con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando. (...)* (Negrillas fuera del texto).

Cabe resaltar que el Acto Legislativo 01 de 2005<sup>14</sup>, en su párrafo 4° transitorio, limitó la aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

*“Párrafo transitorio 4°. El régimen de transición, establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.*

*“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”*

El régimen pensional de los empleados oficiales, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba regulado principalmente por la Ley 33 de 1985<sup>15</sup>, cuyo artículo 1° prescribía:

*“Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente*

13 Decreto 813 de 1994 (abril 21) “Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”

14 Acto Legislativo 01 de 2005 (julio 22) “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”.

15 Ley 33 de 1985 (enero 29), “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

*al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

***No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.***

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.”* (Resalta la Sala).

Como se puede entender, el citado artículo excluyó expresamente del régimen general de la Ley 33 a los empleados oficiales que tuvieran regímenes especiales. La importancia de analizar el régimen de transición y determinar si este resulta aplicable radica en que quienes resulten beneficiados del mismo adquieren el estatus pensional cuando cumplan con las exigencias establecidas en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando.

#### **d. Régimen especial en materia de pensiones aplicable a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público antes de la Ley 100 de 1993**

El Decreto Ley 546 de 1971<sup>16</sup> contiene disposiciones especiales referentes a la seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público. En lo que atañe a la pensión de jubilación de estos servidores, el artículo 6º de la citada ley señala:

*“Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.”* (Subraya la Sala).

Con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985<sup>17</sup> y de conformidad con lo preceptuado en su artículo 1º, inciso segundo, los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público quedaron exceptuados del régimen general previsto en la citada ley para los empleados oficiales, por gozar de una normativa especial consagrada en el Decreto 546 de 1971.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, la Fiscalía General de la Nación, creada en la misma Constitución, integra la Rama Judicial.

<sup>16</sup> Decreto Ley 546 de 1971 (junio 16) *“Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares.”*

<sup>17</sup> Ley 33 de 1985 (enero 29), *“por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”*

En desarrollo de las normas constitucionales atinentes a la Rama Judicial, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, dispuso:

*“ARTÍCULO 31. INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Adscrito a la Fiscalía General de la Nación funciona el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como una entidad de derecho público, dotada de personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonial y organizada con el carácter de establecimiento público de orden nacional. El instituto está encargado de prestar auxilio y soporte técnico y científico a la administración de justicia en todo el territorio nacional en lo concerniente a medicina legal y las ciencias forenses, de organizar y dirigir el Sistema Único de Medicina Legal y Ciencias Forenses y controlar su funcionamiento y de cumplir las demás funciones que le atribuya la ley”.*

Con base en esta disposición, el régimen especial de la Rama Judicial contenido en el Decreto Ley 546 de 1971 les es aplicable a los empleados del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre que se ajusten a las condiciones y requisitos regulados en él y en el Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al cual:

*“Artículo 1º. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: (...) “A partir de la vigencia del presente acto legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”. (...)*

*“Párrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014...”.*

Por mandato de su artículo 2º, el Acto Legislativo 01 de 2005 entró a regir “a partir de la fecha de su publicación”, la cual se hizo en el *Diario Oficial* 45980 de julio 25 de 2005. De manera que en esa fecha, los titulares del régimen de transición de la Ley 100 debían acreditar el requisito de 750 semanas cotizadas o el tiempo equivalente de servicios, esto es, 15 años, para conservarlo y, por ende, pensionarse con régimen especial, siempre que el derecho se causara hasta el año 2014.

## **11. El caso concreto.**

Sobre las condiciones particulares de la señora Nora María Giraldo Ramírez es importante destacar:

- I. Nació el 26 de junio de 1958.
- II. Su vida laboral y afiliaciones a entidades de previsión social se resumen en el cuadro siguiente:



ENTIDAD A LA QUE PRESTÓ EL SERVICIO	TIEMPO DE VINCULACIÓN		AÑOS	MESES	DÍAS	CAJA O FONDO RESPONSABLE DE APORTES A PENSIONES
	DESDE	HASTA				
Secretaría Seccional de Salud y Protección de Antioquia	23/02/1981	15/06/1982	1	3	23	Secretaría de Salud de Antioquia
Departamento de Antioquia	20/11/1985	4/12/1993	6	0	15	Departamento de Antioquia
Departamento de Antioquia	5/12/1993	20/07/1993	1	7	16	Pensiones De Antioquia
Instituto de Medicina Legal	21/07/1993	30/06/2009	16	2	10	Cajanal
Instituto de Medicina Legal	01/07/2009	30/09/2012	3	3	0	ISS
Instituto de Medicina Legal	01/10/2012	19/12/2013 (fecha de la última certificación)	1	2	19	Colpensiones

De la información que obra en el expediente se evidencia que la señora Giraldo Ramírez desde el 23 de febrero de 1981 y hasta el 19 de diciembre de 2013, fecha de la última certificación, ha trabajado para entidades de naturaleza pública, es decir, ha sido servidora pública durante más de 30 años.

También está documentado que para efectos pensionales la señora Giraldo Ramírez estuvo afiliada a Cajanal desde el 21 de julio de 1993, cuando inició su relación laboral con el sector público nacional; continuó con dicha afiliación hasta el 1º de julio de 2009, fecha a partir de la cual pasó al ISS en virtud del traslado masivo ordenado por el Decreto 2196 de 2009 al suprimir Cajanal; y finalmente, como consecuencia de la supresión del ISS pasó a Colpensiones.

El 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 en las entidades del orden nacional, la señora Giraldo Ramírez tenía 35 años 9 meses y 7 días de edad, de manera que cumplía el requisito de edad establecido para las mujeres en el artículo 36 de la citada Ley 100 para ser beneficiaria del régimen de transición.

Se evidencia en la documentación conocida por la Sala que el tiempo de servicios de la peticionaria, al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, excedía los 15 años, por lo cual los beneficios del régimen de transición se le extendieron hasta el año 2014.

Es importante señalar que la señora Giraldo Ramírez se vinculó laboralmente al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses desde el 21 de julio de 1993 y, de acuerdo con la última certificación, continuaba vinculada el 19 de diciembre de 2013, es decir que en dicha entidad ha laborado más de 20 años.

Así las cosas, en su condición de empleada de la Rama Judicial le era aplicable el Decreto 546 de 1971<sup>18</sup> en materia pensional, y conservó dicho régimen por tener más de 35 años el 1º de abril de 1994.

Como se transcribió atrás, el artículo 6º del citado decreto establecía que el derecho a la pensión se causaría cuando la mujer cumpliera 50 años de edad y acreditara 20 años de servicios continuos o discontinuos, de los cuales por lo menos 10 años los hubiera laborado exclusivamente en la Rama Judicial.

La peticionaria reunió los mencionados requisitos al servicio de la Rama Judicial. Además, cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 ya podía acreditar más de 15 años de servicios. En consecuencia, el estatus pensional lo consolidó bajo el régimen especial del Decreto Ley 546 de 1971, y por ende, cuando estaba afiliada a Cajanal y esta entidad aún no había sido suprimida. Significa lo dicho que la pensión de la señora Giraldo Ramírez quedó a cargo de Cajanal en virtud de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 2196 de 2009, y por consiguiente, es la UGPP la entidad competente para conocer y decidir de fondo sobre la petición de la interesada en el presente conflicto, conforme al mandato del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 en armonía con el Decreto Ley 169 de 2008 y el Decreto 575 de 2013.

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

### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Nora María Giraldo Ramírez.

**SEGUNDO:** Remitir el expediente a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

**TERCERO:** Comunicar la presente decisión a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al Tribunal Superior de Medellín –Sala de Familia–, al Juzgado Primero de Familia Oral de Medellín, y a la señora Nora María Giraldo Ramírez.

<sup>18</sup> Decreto Ley 546 de 1971 (junio 16). Artículo 6º: *“Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.*”

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## **8. Defensoría de Familia del ICBF –Centro Zonal Zipaquirá, Regional Cundinamarca– y Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio.**

**Asunto: Proceso administrativo de restablecimiento de derechos de adolescentes. Competencia para decidir sobre la adoptabilidad de un niño o adolescente. Proceso de interdicción de adulto con aparente discapacidad mental.**

**Radicado 2016-00006**

Fecha: 10/10/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

### **I. Antecedentes**

De la información y los documentos que obran en el expediente, se pueden extraer los siguientes hechos relevantes:

1. En el mes de julio de 2010 se hicieron presentes en la Comisaría de Familia de Tabio los padres de los menores de edad A.F.M.M. y J.D.M.M. solicitando apoyo para proteger a sus hijos, por su aparente condición de discapacidad cognitiva y autismo moderado y agudo, respectivamente.

2. El día 13 de enero de 2011 la Comisaría de Familia de Tabio emitió el “*AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN PARD 00050*”, mediante el cual ordenó diferentes diligencias destinadas al restablecimiento de los derechos de los menores de edad A.F.M.M. y J.D.M.M.

3. Por medio de la Resolución 050 del 14 de enero de 2011, dicha comisaria resolvió proteger los derechos de los dos menores de edad, dejándolos al cuidado de su madre y realizando el seguimiento correspondiente en nutrición, cuidado y vigilancia.

4. Mediante la Resolución 066 del 23 septiembre de 2011, la misma comisaria modificó la medida de protección del niño A.F.M.M. y, en su lugar, decretó el retiro inmediato de su hogar de origen para internarlo en un centro especializado que le brindara protección integral. En el mismo sentido modificó la medida de protección del menor J.D.M.M., a través de la Resolución 069 de diciembre de 2011, ante el inminente peligro que representaba para él seguir viviendo con su padastro.

5. Así las cosas, desde el año 2011, los dos menores se encuentran bajo la protección integral de la Fundación Social Santa María – Hogar San José, Regional Cundinamarca, en el municipio de Tocaima, debido a sus condiciones especiales de carácter cognitivo.

6. Posteriormente, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio recibió las diligencias, comoquiera que la Comisaría de Familia de dicho municipio perdió la competencia para seguir conociendo del asunto, en virtud de lo preceptuado en el párrafo 2º del artículo 100 del Código de la Infancia y de la Adolescencia<sup>1</sup>, razón por la cual, mediante auto del 21 de mayo de 2013, resolvió:

*“PRIMERO: Continuar la protección integral de los derechos de los adolescentes discapacitados [A.F.M.M. y J.F.M.M.], en la Institución FUNDACIÓN SOCIAL SANTA MARÍA HOGAR SAN JOSÉ, hasta cuando se considere que los jóvenes pueden regresar a su hogar biológico o ubicarlos en un hogar sustituto que les garantice la protección integral de los derechos.*

*OFICIAR a la Institución.*

*SEGUNDO: Regresar el expediente a la Comisaría de Familia de Tabio para que ejerza el control y seguimiento debidos, en el cumplimiento de la protección integral de los derechos de estos adolescentes.*

*TERCERO: Comuníquese a la Defensoría de Familia de Zipaquirá. Oficiar”.* (Negritas en el original).

7. El 6 de julio de 2015, la Defensora de Familia de Zipaquirá, en desarrollo de la asistencia técnica prestada a la Comisaría de Familia de Tabio, recomendó a esta oficiar al juez para que, en relación con el adolescente J.D.M.M. (aún menor de edad), se modificara la medida de protección, en el sentido de declararlo en situación de adoptabilidad, y frente a A.F.M.M. (ya mayor de edad) se iniciara el proceso de interdicción, por la discapacidad mental que aparentemente presenta (folio 24).

1 “Artículo 100. Trámite. Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación. Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá a establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia. El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días. **Parágrafo 1º.** Cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial. **Parágrafo 2º.** En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. **Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar. Excepcionalmente y por solicitud razonada del defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, el director regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga”.** (Negritas ajenas al texto).

8. En consecuencia, el 22 de julio de 2015 la Comisaría de Familia remitió el caso al Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio (folio 27).

9. El Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio, mediante auto del 23 de octubre de 2015, manifestó:

*“...conforme al inciso segundo del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006 ‘La (sic) declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al defensor de familia’, además que la homologación de la declaratoria de adoptabilidad del joven [J.D.M.M.] le correspondería a este Juzgado en aplicación del numeral 1 del artículo 119 concordante con el artículo 123 de la Ley 1098 de 2006, por lo que estas diligencias deben remitirse a la Defensoría de Familia de Zipaquirá, además de iniciar el proceso de interdicción ante el Juez Promiscuo de Familia de Zipaquirá con respecto al joven [A.F.M.M.], por competencia”.*

En virtud de lo anterior, resolvió “modificar” la medida de protección impuesta mediante auto del 21 de mayo de 2013 y enviar las diligencias a la Defensoría de Familia de Zipaquirá para que fuera esta quien se encargara de realizar la actuación correspondiente a la declaratoria de adoptabilidad de J.F.M.M. y de iniciar el proceso de interdicción de A.F.M.M. ante la autoridad judicial competente.

10. El 25 de noviembre de 2015 la Defensoría de Familia de Zipaquirá se declaró incompetente para declarar la situación de adoptabilidad del menor de edad J.D.M.M. y para promover el proceso de interdicción de A.F.M.M.

En consecuencia, resolvió enviar el asunto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para que dirima el presunto conflicto negativo de competencias que se suscitó entre esa defensoría y el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio (folios 46 a 54).

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos. Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Comisaría de Familia de Tabio, al Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio, a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá –Regional Cundinamarca– y a la Fundación Social Santamaría, con el fin de que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente.

Obra también constancia de la Secretaría de la Sala, en el sentido de que, durante la fijación del edicto, no se recibieron alegaciones de las partes o de terceros interesados.

Revisada por el despacho sustanciador la información y la documentación entregada por la Defensoría de Familia de Zipaquirá, se observó que las mismas resultaban insuficientes para solucionar el conflicto de competencias planteado, razón por la cual, mediante auto del 9 de agosto de 2016, el Magistrado Ponente ordenó que se oficiara al Personero del municipio de Tocaima (Cundinamarca) para que interviniera en el presente conflicto, y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Regional Cundinamarca– para que informara a esta Sala

si existía un defensor de familia designado para ejercer sus funciones de manera permanente y continua en el municipio de Tocaima.

La información pedida al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Regional Cundinamarca– se recibió el 18 de agosto de 2016, mediante comunicación en la que el Director Regional de Cundinamarca indicó que “*en el municipio de Tocaima no se encuentra designado ningún Defensor o Defensora de Familia*”. En cuanto a la intervención que se requirió del Personero Municipal de Tocaima (Cundinamarca), esta se recibió el día 29 de agosto de 2016 mediante Oficio 3000-522-2016.

## **Audiencia Especial**

Ante las dudas que surgieron respecto del alcance de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 21 del Código General del Proceso en relación con la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil para conocer de los conflictos de competencia administrativa entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías, en asuntos de familia, el Consejero que actuó como ponente dentro del conflicto radicado con el 11001030600020160003800, citó a audiencia especial a las autoridades involucradas y a otras que pudieran contribuir a hacer claridad en relación con el tema. A continuación la Sala hace un resumen sucinto de lo expuesto por cada una de ellas:

### **1. Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá**

Sostuvo que la competencia para conocer de los conflictos de competencia entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías en asuntos de familia es de los juzgados de familia, porque son los jueces naturales de dichos asuntos, ya que el conocimiento adquirido por su especialidad sobre el tema los hace más idóneos para resolverlos; además, el Decreto 2272 de 1989, mediante el cual se creó la jurisdicción especial de familia, otorgó facultades a la defensoría de familia para intervenir en los procesos que se adelantaran en los juzgados de familia.

### **2. Comisaría Diecinueve de Familia de Ciudad Bolívar (Bogotá)**

Afirmó que la competencia otorgada a los juzgados de familia para resolver los conflictos de competencia entre las diferentes autoridades en asuntos de familia es únicamente cuando estas actúen en ejercicio de función jurisdiccional. Para el caso de las comisarías, estas actúan como autoridad administrativa con funciones judiciales únicamente cuando tramitan “solicitudes de protección que formulen las personas por hechos de violencia intrafamiliar”; concluyó que la competencia atribuida a los juzgados de familia en el numeral 16 del artículo 21 del CGP, es únicamente para los procesos administrativos de violencia intrafamiliar.

### **3. Defensoría del Pueblo Delegada para los Derechos de la Infancia, Juventud y Adulto Mayor**

Manifestó que la competencia para conocer de los conflictos de competencia entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías es de los juzgados de

familia, no solo porque son la autoridad judicial especializada en el materia, sino porque la ley posterior rige sobre la anterior y la Ley 1564 de 2012 (CGP) es ulterior a la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que le había otorgado competencia para conocer de los conflictos de competencia referidos a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

#### **4. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social**

Con fundamento en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887 sobre la aplicación de la ley en el tiempo y lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil, la competencia para conocer de los conflictos de competencia en “asuntos de familia” es de los juzgados de familia; enfatizó en que las decisiones que las autoridades de familia profieren son de carácter administrativo.

#### **5. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

La competencia para resolver los conflictos de competencia entre comisarías y defensorías de familia, inspecciones de policía y notarías es de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, porque las decisiones que profieren las autoridades de familia son de carácter administrativo y el objeto de la Ley 1564 de 2012 es regular la actividad procesal, entre otras, de las autoridades administrativas “cuando ejerzan funciones jurisdiccionales”.

Sostuvo que si bien la ley posterior prima sobre la anterior, en materia normativa la especialidad rige sobre la temporalidad, lo cual lleva a concluir que en asuntos administrativos, los artículos 39 y 112 del CPACA deben prevalecer sobre el numeral 16 del artículo 21 del CGP, por ser la primera ley de carácter especial en relación con la segunda.

Sostuvo que en la Sentencia C-730 de 2008, la Corte Constitucional reafirmó la condición de autoridad administrativa de las comisarías y defensorías de familia y también que las decisiones proferidas por estas son de carácter administrativo “sin lugar al reconocimiento de funciones jurisdiccionales”.

#### **6. Ministerio de Justicia**

Toda vez que las autoridades de familia tienen funciones administrativas y judiciales, la competencia para resolver los conflictos de competencia que se originen entre comisarías y defensorías, inspecciones de policía y notarías será de los jueces de familia o de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dependiendo de la naturaleza de la decisión: si es jurisdiccional los primeros, si es administrativa la segunda.

#### **7. Procuraduría Delegada para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia**

Afirmó que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 277 de la Constitución Política, 23 y siguientes del Decreto 262 de 2000 y 95, 210 y 211 de la Ley 1098 de 2006, el competente para resolver el conflicto de competencias entre las autoridades administrativas mencionadas en el artículo 21 del CGP, es el juez de familia, en razón de la complementariedad existente entre las funciones del defensor y la jurisdicción de familia.



Sostuvo que cuando el juez de familia asume la competencia por pérdida de la misma en que haya incurrido la autoridad administrativa, esa actuación adelantada por el juez es jurisdiccional, pese a que el trámite sea administrativo.

Manifestó que la Corte Constitucional ha señalado en varias ocasiones que tratándose de homologaciones y de la pérdida de competencia por vencimiento del término legal, la intención del legislador siempre fue que esas decisiones que se tomaran fueran calificadas por parte de una jurisdicción especial, lo que hace al juez de familia idóneo para ello, por lo que el traslado de competencia encuentra justificación en el grado de especialización en los asuntos de infancia, adolescencia y familia, aunque la exposición de motivos del numeral 16 del artículo 21 del CGP, no otorga mayor información al respecto. Definió los asuntos de familia como todas aquellas relaciones jurídicas de orden personal y patrimonial que se presentan en el ámbito de la familia.

Aseveró que la autoridad competente para resolver los conflictos de competencia que eventualmente se presenten entre funcionarios administrativos ubicados en distintas ciudades es el juez de familia del lugar de residencia del niño, niña o adolescente, conforme lo dispone el artículo 97 de la Ley 1098 de 2006 y con fundamento en la prevalencia de esta norma sobre otras leyes.

Reiteró que en asuntos de familia las defensorías y comisarías de familia, al igual que las inspecciones de policía y las notarías, ejercen funciones mixtas, pues cumplen funciones administrativas, policivas y jurisdiccionales, las que pueden ejercer pese a que no son autoridades judiciales, por disposición del artículo 116 de la Constitución Política; refirió que incluso de manera expresa las funciones que cumplen los defensores de familia en desarrollo de los procesos que se rigen por el CGP, tienen rango jurisdiccional.

Afirmó que el artículo 21 del CGP, no limita la intervención de los jueces de familia para resolver los conflictos de competencia cuando los funcionarios administrativos ejercen funciones jurisdiccionales, sino que está prevista cuando el conflicto se da en el marco de sus funciones en los asuntos de familia y de infancia y adolescencia, es decir, al común de todas sus funciones administrativas, policivas y jurisdiccionales, dado que la norma no hace distinción.

En cuanto el procedimiento a aplicar para el trámite de los conflictos de competencia en los juzgados de familia, consideró que es el que se señala en el Título V, Capítulo I del CGP.

### **III. Argumentos de las partes**

Dentro del término concedido para el efecto, solo se manifestó el Personero Municipal de Tocaima. Las demás partes a las que se les comunicó sobre el presente asunto no se pronunciaron.

#### **Argumentos de la personería municipal de Tocaima**

El Personero manifestó estar en desacuerdo con la posición adoptada por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá, pues, en su parecer, la decisión adoptada por el Juez

Promiscuo Municipal de Tabio fue emitida en cumplimiento de una función jurisdiccional, razón por la cual considera que la defensoría debía limitarse a acatar dicha orden judicial.

Finalmente señaló que esa Personería es competente para provocar la interdicción judicial de A.F.M.M., de conformidad con lo señalado en el numeral 4 del artículo 25 de la Ley 1306 de 2009. En consecuencia, manifestó que adelantará las acciones administrativas y judiciales pertinentes (folios 78 a 80).

## IV. Consideraciones

### 1. Competencia

#### a. Competencia de la Sala (a prevención)

Dado que el Código General del Proceso (CGP) entró a regir de manera integral en todo el territorio nacional el 1º de enero de 2016<sup>2</sup> y que dicho **Código le asigna a los jueces de familia la función de resolver** “*los conflictos de competencia en asuntos de familia que se susciten entre defensores de familia, comisarios de familia, notarios e inspectores de policía*” (artículo 21-16), la Sala debe definir, en primer lugar, si tiene competencia o no para resolver el asunto que se ha sometido a su consideración.

Con este fin revisará: (i) la competencia general de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos para resolver los conflictos de competencias administrativas, y (ii) el alcance del numeral 16 del artículo 21 del CGP frente a la competencia general de la Sala en esta materia.

#### i) **La competencia general del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos para resolver conflictos de competencias administrativas. Evolución normativa**

En vigencia del Decreto-ley 01 de 1984 (Código Contencioso-Administrativo o CCA) la definición de competencias administrativas estaba prevista como una acción autónoma, de conocimiento de los tribunales administrativos y de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, así:

*“Artículo 88. Acción de definición de competencias administrativas. Los conflictos de competencias administrativas se promoverán de oficio o a solicitud de parte.*

*La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, ordenará remitir la actuación al tribunal correspondiente o al Consejo de Estado.*

Recibido el expediente y efectuado el reparto, el consejero ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la Sala Plena debe resolver dentro de los diez (10) días.

2 Artículo 627 y Acuerdo PSAA15-10392 del 1º de octubre de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura.

*Si ambas entidades se consideran competentes, remitirán la actuación al correspondiente Tribunal o al Consejo de Estado y el conflicto será dirimido por el procedimiento prescrito en el inciso anterior”.*

Posteriormente, con la Ley 954 de 2005, los conflictos de competencias administrativas se concibieron como una actuación, etapa o incidente dentro del procedimiento administrativo, y se trasladó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la atribución que antes se encontraba en cabeza de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. La Ley 954 en cita adicionó un párrafo al artículo 33 del Código Contencioso-Administrativo y derogó el artículo 88 del mismo Estatuto:

*“Artículo 4º. Conflictos de competencia. Adiciónese el artículo 33 del Código Contencioso-Administrativo con el siguiente párrafo:*

*“Párrafo. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

*Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

*En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes.*

*Derógase el artículo 88 del mismo Código Contencioso-Administrativo (Decreto número 01 de 1984)”.*

A partir de ese momento, la Sala de Consulta y Servicio Civil asumió la función de definir los conflictos de competencias administrativas entre autoridades del orden nacional<sup>3</sup>, mediante decisiones vinculantes y obligatorias para las entidades en conflicto.

La anterior competencia se conservó en la Ley 1437 de 2011, que mantuvo además el espíritu de la Ley 954 de 2005, en el sentido de entender la definición de los conflictos de competencias administrativas como parte integral del procedimiento administrativo:

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

<sup>3</sup> Los tribunales administrativos siguieron conociendo de los conflictos de competencias administrativas entre entidades del nivel territorial comprendidas dentro del área de su propia jurisdicción, de acuerdo con las competencias asignadas por la Ley 446 de 1998, que no fueron modificadas por la Ley 954 de 2000 (decisión del 11 de diciembre de 2007, en el conflicto de competencias administrativas entre la Secretaría de Salud Municipal de Armenia y la Comisaría Segunda de Familia de Armenia, expediente 20007-00095).

*Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.*

*En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones.*

*Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el Tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno. Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”.*

De manera concordante, el artículo 112 de la misma ley asigna a la Sala de Consulta la siguiente atribución:

*“Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil (...)*

*(...) La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:*

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

A partir de estas disposiciones, la Sala ha ejercido su competencia para resolver *conflictos de competencias administrativas* que reúnan las siguientes condiciones: (i) que el conflicto involucre al menos una autoridad del orden nacional, o autoridades territoriales que no estén sometidas a la jurisdicción de un solo tribunal administrativo; (ii) que existan al menos dos autoridades que reclamen o nieguen el ejercicio de una competencia; (iii) que el asunto sea de naturaleza administrativa, y (iv) que el conflicto recaiga sobre un asunto particular y concreto.

Con base en lo anterior, la Sala se ha ocupado de resolver, entre otros, los conflictos de competencias administrativas que se suscitan entre comisarías de familia, defensorías de familia, inspecciones de policía y jueces de familia, dentro de los procedimientos administrativos de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

ii) **Alcance del artículo 21, numeral 16 del CGP frente a la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos para resolver conflictos de competencias administrativas**

Debe la Sala advertir, en primer lugar, que no resulta claro si el numeral 16 del artículo 21 del Código General del Proceso, al asignar a los jueces de familia la función de resolver

los conflictos de competencia en asuntos de familia que se presenten entre comisarios de familia, defensores de familia, inspectores de policía y notarios, quiso referirse solamente a los conflictos competenciales que se susciten entre tales autoridades cuando ejerzan excepcionalmente funciones jurisdiccionales, o también cuando ejerzan funciones administrativas.

A este respecto, los antecedentes de la norma resultan escasos, contradictorios y casi crípticos.

Sin embargo, aun si dicho numeral pudiera interpretarse en el sentido de que la nueva función asignada a los jueces de familia comprende la resolución de los conflictos de competencias *administrativas* que se presenten entre las autoridades mencionadas, es decir, cuando ejerzan funciones administrativas<sup>4</sup>, la Sala considera que dicha disposición no ha derogado ni modificado las normas del CPACA, que fijan las competencias del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos en esta materia, por las razones que se explican a continuación:

- a. Lo primero que debe observarse es que el Código General del Proceso no derogó ni modificó en forma expresa ninguna de las disposiciones señaladas del CPACA. En efecto, basta con revisar las normas de la Ley 1564 de 2012, especialmente aquellas que integran su Título V (“otras modificaciones, derogaciones y vigencia”), para encontrar que ninguna de estas se refiere a los artículos 39, 112, numeral 10 y 151, numeral 3° del CPACA.

Sin embargo, la Ley 1564 sí derogó y modificó expresamente otras normas de la Ley 1437 de 2011, como los artículos 71, 199, 215, 247 y 309<sup>5</sup>. De manera que es claro para la Sala que no fue intención del legislador derogar ni modificar los artículos 39, 112, numeral 10 y 151, numeral 3° del CPACA.

- b. Habría que analizar, entonces, si el artículo 21, numeral 16 del Código General del Proceso modificó tácitamente las disposiciones mencionadas del CPACA, en el sentido de *sustraer* de la competencia asignada al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos para resolver conflictos de competencias administrativas, aquellos que se susciten entre comisarios de familia, defensores de familia, inspectores de policía y notarios, en asuntos de familia.

Tal como ocurre con la derogatoria tácita, para la modificación tácita de una norma se requeriría que existiera cierta contradicción o incompatibilidad entre la disposición anterior y la nueva, de tal manera que, al menos parcialmente, las dos normas no puedan coexistir. A este respecto, la Sala se pregunta si el hecho de que el artículo 21, numeral 16 del CGP haya otorgado a los jueces de familia la función de resolver los conflictos de competencia que se presenten en asuntos de familia entre las autoridades mencionadas, resulta opuesto o incompatible con lo dispuesto para el Consejo de Estado y los tribunales administrativos en los artículos 39, 112 numeral 10, y 151, numeral 3° del CPACA.

4 De hecho en la exposición de motivos se lee: “... administrativas...”. *Gaceta del Congreso* N° 119 del 29 de marzo de 2011.

5 Ver los artículos 612, 623 y 626, literal a) del Código General del Proceso, corregido por el artículo 16 del Decreto 1736 de 2012.

La respuesta sería afirmativa si la competencia de las autoridades judiciales tuviera que ser siempre y necesariamente privativa o excluyente, de forma tal que una vez asignado por la ley el conocimiento de un asunto a determinada clase de jueces o tribunales, el mismo legislador no pudiera asignarlo a otros jueces o tribunales, salvo eliminando la competencia otorgada a los primeros.

Pero esto no ocurre así, dado que, por una parte, el Congreso de la República tiene una amplia facultad de configuración para regular los procedimientos judiciales y administrativos y, dentro de ellos, señalar las competencias de las autoridades en la forma que lo estime más conveniente, siempre que al hacerlo se ajuste a las normas y principios constitucionales, así como a los fines perseguidos con tales procedimientos. Y por otra parte, las normas procesales ofrecen múltiples ejemplos de asuntos que pueden ser conocidos en forma concurrente por distintos jueces, tribunales o corporaciones judiciales, e incluso por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales<sup>6</sup>.

Cuando esto sucede, la elección del juez o tribunal (genéricamente designado) ante el cual debe presentarse la demanda, el recurso o la petición de que se trate, le corresponde al actor, y una vez que el juez o el órgano judicial al cual le haya sido repartido el asunto avoque su conocimiento, este debe tramitar el proceso o la actuación hasta su terminación, desplazando de esa forma a los demás jueces o tribunales que serían competentes. Esto es lo que se llama “competencia a prevención”.

Por lo tanto, como el legislador bien puede establecer una nueva competencia para determinados funcionarios judiciales, sin eliminar ni modificar la competencia que para conocer el mismo asunto había asignado previamente a otros jueces y tribunales, no existe evidencia clara ni razón lógica que lleve a concluir necesariamente que el artículo 21, numeral 16 del CGP derogó (parcialmente) o modificó alguna norma del CPACA.

Lo que podría inferirse, entonces, es que la norma citada, al disponer que los conflictos que se presenten en asuntos de familia entre los comisarios de familia, los defensores de familia, los inspectores de policía y los notarios puedan ser resueltos por los jueces de familia en única instancia, fue *agregar* una nueva competencia para conocer y resolver tales controversias, a la que ya estaba asignada al Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil– y a los tribunales administrativos en el CPACA. En esa medida, la competencia de las autoridades judiciales indicadas debe entenderse *a prevención* en relación con los asuntos en los cuales concurren, pues la ley no dispuso que la atribución de los jueces de familia fuera exclusiva o excluyente.

A este respecto, debe recordarse que ni la Sala de Consulta y Servicio Civil ni los tribunales administrativos resuelven conflictos de jurisdicción, así como tampoco conflictos que se presenten entre autoridades administrativas en el ejercicio de la función judicial. Por otra parte, los tribunales administrativos solamente resuelven los conflictos de competencia administrativa que se presenten entre autoridades territoriales que pertenezcan al mismo departamento o, según el caso, que estén bajo la jurisdicción del mismo tribunal.

<sup>6</sup> Tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Civil derogado y en otros estatutos procesales. Del primero, pueden consultarse, por ejemplo, las siguientes normas: el artículo 17, numerales 2, 3 y 9, el artículo 18, numerales 4, 5, 6 y 7, el artículo 19, numeral 2, el artículo 20, numerales 2, 3, 8 y 10, el artículo 22, numerales 3, 9, 20 y 21, y el artículo 24, párrafo primero. Y del Código de Procedimiento Civil (derogado), puede citarse el artículo 18.

En esa medida, si se presenta, por ejemplo, un conflicto de competencias administrativas entre un comisario de familia y una defensoría de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el mismo podría ser conocido y resuelto por la Sala de Consulta y Servicio Civil, sin perjuicio de que también pudiera ser conocido y solucionado por un juez de familia, en el evento de que alguna de las autoridades en conflicto lo envíe primero a dicho juez y este asuma la competencia. Huelga aclarar que un mismo conflicto de competencias no podría ser remitido a la Sala y a un juez de familia, ni podría ser tramitado simultáneamente por las dos autoridades.

Del mismo modo, si un conflicto de esta clase se presenta, por ejemplo, entre dos comisarías de familia del mismo departamento, dicha controversia podría ser dirimida por el tribunal administrativo que ejerza jurisdicción en el respectivo departamento, o bien por los jueces de familia, según sea la corporación judicial o el juez que lo haya conocido primero.

- c. Uno de los criterios que han sido acogidos en forma casi unánime por la jurisprudencia y la doctrina, para resolver conflictos de normas y también para interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, es el de la especialidad, de acuerdo con el cual la disposición especial prefiere o prevalece sobre la general.

A la luz de dicho criterio podría pensarse, en principio, que el artículo 21, numeral 16 del Código General del Proceso es una norma especial, por lo cual debería aplicarse de preferencia sobre las disposiciones del CPACA. Sin embargo, aparte de lo indicado en el literal anterior sobre la posibilidad de que el legislador establezca competencias a prevención, la especialidad de la norma del CGP resulta discutible en este caso.

En efecto, si bien es cierto que dicho precepto se refiere, en particular, a los conflictos de competencia en asuntos de familia que se susciten entre comisarios y defensores de familia, inspectores de policía y notarios, por lo cual resultaría especial frente a las normas del CPCA que aluden, en general, a los conflictos de competencias administrativas que se generen, sobre cualquier asunto o materia, entre cualesquiera autoridades o particulares en ejercicio de funciones públicas, no puede soslayarse la consideración de que el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 establece un **procedimiento especial** para la formulación y la resolución de los conflictos de competencias administrativas, como una etapa o incidente que puede presentarse dentro de las actuaciones administrativas. Este trámite especial, como puede verse en la norma citada, no se inicia cuando el Consejo de Estado o los tribunales administrativos reciben el escrito con el cual se pide resolver el conflicto, sino desde antes, es decir, desde el momento en que una autoridad se declara incompetente, luego de haber recibido el asunto por remisión de otra autoridad que también se declaró sin competencia (en el caso de los conflictos negativos), o desde que una autoridad se declara competente, luego de que otra también se ha considerado competente para el mismo asunto (conflictos positivos). Esta es la razón por la cual la norma citada está incorporada dentro de la parte I del CPACA, que regula justamente el procedimiento administrativo.

En esa medida, es claro para la Sala que el artículo 39 del CPACA es norma especial frente a las disposiciones del CGP (incluyendo el artículo 21, numeral 16), en tanto establece el procedimiento **especial** para resolver los conflictos de competencias que pueden darse **en el curso de las actuaciones o procedimientos administrativos**, trámite especial que no se encuentra

ni podría encontrarse regulado en el CGP. El artículo 21, numeral 16 de este Código se limita a señalar una función para los jueces de familia, sin indicar cuál es el procedimiento que deben aplicar, y sin especificar si los conflictos de competencia que aquellos deben resolver son los que surjan del ejercicio de las funciones judiciales que la ley ha asignado a las autoridades administrativas citadas, o también del ejercicio de sus funciones administrativas.

Dado lo anterior, como el artículo 39 del CPACA es una norma especial, no podría ser derogada ni modificada por otra disposición expedida posteriormente, aunque esta última sea también especial en otro aspecto o desde otro punto de vista, a menos que los dos preceptos se refirieran a la misma materia y existiera entre ellos una verdadera incompatibilidad o contradicción que no permitiera la coexistencia de ambos.

- d. Por otra parte, es importante recordar que la Constitución Política consagra directamente la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 236 a 238), como una jurisdicción especializada para conocer y resolver los conflictos y diferencias jurídicas que se susciten entre los particulares y las autoridades públicas, o entre dos o más autoridades. Dentro de este marco constitucional, la ley ha asignado a dicha jurisdicción y, particularmente, al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos, la función de resolver los conflictos de competencias administrativas que puedan originarse entre entidades públicas. Tal atribución estaba prevista antes en el Código Contencioso-Administrativo, y sigue consagrada actualmente (con algunas diferencias sustanciales) en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo.

Desde ese punto de vista, la Sala considera que podría ser inconstitucional una interpretación que privara o sustrajera a la jurisdicción contencioso-administrativa de la función de dirimir los conflictos de competencias administrativas que se presenten entre cierto grupo de entidades y servidores públicos (comisarios, defensores, inspectores y notarios), en asuntos que la ley y la jurisprudencia constitucional han calificado expresamente como administrativos<sup>7</sup>, como ocurre con el procedimiento de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, resultaría armónica desde el punto de vista constitucional, una interpretación que concluyera que la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo no ha perdido la atribución de resolver esa clase de conflictos de competencia, sin perjuicio de que la ley haya otorgado también esa facultad a los jueces de familia.

No sobra advertir que el trámite legislativo del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo correspondió, en parte, a los mismos miembros del Congreso de la República<sup>8</sup>, con lo que resulta obvio que el cuerpo

<sup>7</sup> En relación con la posición de la jurisdicción contencioso-administrativa en la arquitectura constitucional y su función de control a la administración, la Corte Constitucional ha señalado (Sentencia C-713 de 2008, apoyada en la C-426 de 2002):

*“La Corte ha aludido a la existencia de una justicia especializada con la función específica de decidir las controversias originadas en la actividad de las entidades estatales y de los particulares que cumplen funciones administrativas, previendo de esta forma una gama de acciones al respecto. Ha dicho al respecto:*

*“Como es sabido, la Constitución Política y las leyes le han asignado a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, la función específica de juzgar las controversias jurídicas que se originen en la actividad de las entidades estatales y de los particulares que cumplen funciones administrativas. En estos casos, la cuestión litigiosa y el correspondiente control judicial por parte de esta justicia especializada, surge cuando la Administración o quien hace sus veces, en cumplimiento de los deberes asignados y con ocasión de sus reglamentos, actos, hechos, omisiones, contratos y operaciones administrativas, ha desconocido la normativa que regula la actividad pública y ha lesionado derechos e intereses de la comunidad, de los particulares o de otras entidades u organismos estatales.”* (Se resalta).

<sup>8</sup> Los debates del proyecto de CPACA se dieron en la Cámara de Representantes en el segundo semestre de 2010, es decir, al iniciar el período de 4 años 2010-2014, de quienes la integraban. Y el proyecto de CGP se debatió durante los años 2011 y 2012.



legislativo era conocedor de las competencias atribuidas en el CPACA al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, y a los tribunales administrativos en punto a los conflictos de competencias, y mal podría entenderse que su voluntad fuese diferente a la de consagrar en el CGP la competencia a prevención que soporta esta decisión.

Una inteligencia distinta endilgaría de manera infundada, al mismo cuerpo legislativo, haber incurrido en una conducta inconsistente e incongruente, máxime cuando dentro de la historia legislativa no se registra una expresión en ese sentido que permita inferir la interpretación contraria.

- e. Finalmente, pero no con menor importancia, debe señalar la Sala que la interpretación que se prohija, esto es, la de considerar que el artículo 21, numeral 16 del CGP no eliminó la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de los tribunales administrativos para conocer de los citados conflictos de competencia, sino que creó una competencia concurrente y a prevención para tales conflictos entre dichas corporaciones judiciales y los jueces de familia, es la solución que favorece el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y la protección reforzada que a tales personas debe brindarse, por mandato de la Constitución Política, la ley y el derecho internacional.

Aclara la Sala que este no es argumento de conveniencia, como podría parecer a simple vista, sino esencialmente jurídico, en la medida en que la Carta Política, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el Código de la Infancia y la Adolescencia, obligan a todas las autoridades –judiciales y administrativas– a proteger el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, para lo cual deben interpretar y aplicar las normas jurídicas en la forma en que mejor se proteja y se garantice dicho interés.

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 44 de la Constitución Política establece los derechos fundamentales de los niños y las niñas, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y prescribe que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, y que forma parte del “bloque de constitucionalidad”, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta, establece que *“[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”* (artículo 3º, numeral 1) (negritas añadidas).

En desarrollo de estas disposiciones de rango superior, los artículos 6º y 9º de la Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, disponen en lo pertinente:

*“Artículo 6º. Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por*

*Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.*

(...)”

*“Artículo 9º. Prevalencia de los derechos. En todo acto, **decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente**”.* (Se resalta).

Como puede apreciarse, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, que forma parte del “bloque de constitucionalidad en sentido estricto (stricto sensu)”, como el Código de la Infancia y la Adolescencia, imponen explícitamente a todas las autoridades administrativas, judiciales y legislativas, el deber de adoptar las medidas que más favorezcan el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y que protejan de la manera más efectiva sus derechos fundamentales. Específicamente ordenan que en la hermenéutica y en la aplicación de las normas jurídicas, se prefiera la disposición que más se ajuste a ese interés y a tales derechos. En esa medida, la Sala entiende que cuando una o varias normas jurídicas pueden ser interpretadas válidamente de distintas formas, debe preferirse indudablemente aquella interpretación que proteja de la mejor manera posible el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y que permita garantizar con mayor efectividad sus derechos fundamentales.

La Sala encuentra que tres interpretaciones posibles podrían darse al numeral 16 del artículo 21 del CPG, es decir: (i) que dicha norma estableció como función *privativa* de los jueces de familia, la de resolver los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de familia entre comisarios de familia, defensores de familia, inspectores de policía y notarios, despojando, por lo tanto, al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos de dicha atribución; (ii) que la nueva función entregada a los jueces de familia se refiere solamente a los conflictos que surjan entre las autoridades mencionadas **cuando ejerzan funciones jurisdiccionales** en asuntos de familia, quedando incólume la atribución asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver los conflictos de competencia **administrativa** entre los mismos servidores, y (iii) que la norma referida otorgó a los jueces de familia la función de resolver los citados conflictos de competencia que surjan entre las autoridades mencionadas en materia de familia, sin eliminar la función que ya tenían el Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil– y los tribunales administrativos, creando por esta vía una competencia *a prevención* entre las autoridades judiciales citadas. De las tres, esta última interpretación es la que permitiría velar de la mejor manera por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y la que otorgaría mayor eficacia a la protección de sus derechos.

En efecto, con tal interpretación: (i) se ampliaría la gama de autoridades que podrían resolver esta clase de conflictos, pues aparte del Consejo de Estado y los tribunales administrativos, ahora podrían hacerlo los jueces de familia, que se encuentran repartidos en todo el territorio

nacional<sup>9</sup>; (ii) a pesar de dicha dispersión de autoridades, la Sala de Consulta y Servicio Civil podría seguir actuando como autoridad doctrinal y operar, en la práctica, como un órgano de unificación de la doctrina en esta materia. Sobre este último punto, vale la pena aclarar que si bien el Consejo de Estado no es superior jerárquico de los jueces de familia<sup>10</sup>, sí es “*el Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo*” y el “*Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en Asuntos de Administración*” (artículo 237 de la Carta Política), todo lo cual le permite crear una doctrina unificada y autorizada en materia de familia, como lo ha hecho efectivamente en varios asuntos<sup>11</sup>, sin perjuicio de la jurisprudencia que sobre esta misma materia produzcan la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, y (iii) la hermenéutica que conduce a la competencia concurrente y a prevención resuelve posibles antinomias y lagunas, como las que podrían emerger en casos que envuelven municipios muy cercanos, o conurbados, por una parte, o en asuntos en los que el juez de familia termine por ser “juez y parte”.

## b. Competencia de la Sala respecto del caso concreto

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias referente al ejercicio de funciones administrativas, suscitado inicialmente entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), autoridad pública del orden nacional, por intermedio de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá –Regional Cundinamarca–, y el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio, autoridad pública territorialmente desconcentrada<sup>12</sup>, integrante de la jurisdicción ordinaria de la Rama Judicial del Poder Público, conforme a lo establecido en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>13</sup>, conflicto al cual la Sala vinculó posteriormente a la Personería Municipal de Tocaima, órgano que ejerce las funciones de Ministerio Público en el respectivo municipio.

Además de las consideraciones generales que se hicieron en el acápite anterior sobre la interpretación del artículo 21, numeral 16 del CGP, con el fin de llegar a la conclusión de que la Sala continúa siendo competente para la resolución de esta clase de conflictos, debe tenerse en cuenta que, en este caso particular, el conflicto de competencias se suscitó originariamente entre una defensoría de familia y un juzgado promiscuo municipal, autoridad esta última que no aparece mencionada entre aquellas a las cuales se refiere la norma citada.

9 Debe tenerse en cuenta que lo que se busca con este tipo de competencias a prevención es justamente evitar conflictos de competencia entre las autoridades administrativas o judiciales que deben resolver un determinado asunto, en la medida en que es el demandante o peticionario, según el caso, el que escoge la autoridad ante la cual presenta su demanda o solicitud, y una vez iniciado el procedimiento, la respectiva autoridad debe tramitar el asunto hasta su terminación.

10 Que pertenecen a la especialidad de familia, dentro de la jurisdicción ordinaria.

11 A este respecto, es importante recordar que desde la Ley 954 de 2005, que le confirió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la función de dirimir los conflictos de competencias administrativas mediante un procedimiento breve y ágil, la Sala ha resuelto una gran cantidad de conflictos que se han presentado entre autoridades administrativas, y de manera especial, a partir de la vigencia de la Ley 1098 de 2006, entre los defensores y los comisarios de familia.

Es así como la Sala, a lo largo de estos años, ha venido creando una importante doctrina jurídica en materia de familia, al resolver los conflictos de competencia que se suscitan entre defensores de y comisarios de familia, los cuales se han multiplicado en los últimos años en razón al creciente número de casos que deben conocer estas autoridades y a las diferencias de criterio que surgen a menudo entre ellas, sobre la competencia relacionada con diversas actuaciones y medidas que se producen dentro de los Procedimientos Administrativos de Restablecimiento de Derechos (PARD).

12 La administración de justicia es una función pública nacional que, por la necesidad de hacer presencia en todo el territorio, se ejerce de manera desconcentrada.

13 “Artículo 11. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: / 1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones:

a) De la Jurisdicción Ordinaria: / 1. Corte Suprema de Justicia. / 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial. / 3. Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley; / Parágrafo 1º. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio; los Jueces de pequeñas causas a nivel municipal y local...”

### **c. Términos legales**

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo ordena:

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

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al texto de dicho artículo, tal como fue sustituido por el artículo 1º de la misma Ley 1755, en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2º y 34 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

#### **1. Aclaración previa**

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos

de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

### 3. Problema jurídico

Tal como como fue planteado este conflicto de competencias por la Defensoría de Familia de Centro Zonal de Zipaquirá –Regional Cundinamarca–, corresponde a la Sala determinar cuál es la autoridad que debe: (i) tramitar y efectuar la declaratoria de adoptabilidad del adolescente J.D.M.M., y (ii) promover, ante la autoridad judicial competente, el proceso de interdicción del joven (adulto) A.F.M.M.

### 4. El caso concreto

Como se señaló en los antecedentes, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio asumió el conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los hermanos J.D.M.M. y A.F.M.M., toda vez que la Comisaría de Familia de Tabio dejó vencer el término de cuatro (4) meses que le concede el parágrafo segundo del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 para resolver de fondo la actuación (folios 2 a 9).

Aparecen en el expediente las actuaciones adelantadas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio en el proceso de restablecimiento del derecho, dentro de las cuales vale la pena resaltar las siguientes: (i) el auto mediante el cual asumió el conocimiento del proceso a favor de los menores de edad J.D.M.M. y A.F.M.M.<sup>14</sup> y resolvió sobre las medidas de protección que debían adoptarse en favor de dichos adolescentes, y ii) la decisión del 23 de octubre 2015, por la cual “modificó” las medidas de protección impuestas mediante el mencionado auto y ordenó remitir el expediente a la Defensoría de Familia de Zipaquirá, para definir lo relativo a la situación de adoptabilidad del adolescente J.D.M.M. e iniciar el proceso de interdicción respecto del joven A.F.M.M.<sup>15</sup>. En esta última providencia, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio indicó lo siguiente sobre la situación jurídica de los hermanos J.D.M.M. y A.F.M.M.:

*“Los anteriores argumentos permiten establecer la necesidad de modificar la medida impuesta mediante decisión de mayo 21 de 2013, por lo que la recomendación que la funcionaria de la Defensoría de Familia insta, es la acertada y conveniente para las circunstancias especiales que los hermanos M.M. requieren.*

***Sin embargo, conforme al inciso segundo del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006 La (sic) declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al defensor de familia, además que la homologación de la declaratoria de adoptabilidad del joven J.D.M.M. le correspondería a este Juzgado en aplicación del numeral 1 del artículo 119 concordante con el artículo 123 de la Ley 1098 de 2006, por lo que estas diligencias***

---

14 Folios 2-9.

15 Folios 42 y 43.

**deben remitirse a la Defensoría de Familia de Zipaquirá, además de iniciar el proceso de interdicción ante el Juez Promiscuo de Familia de Zipaquirá con respecto al joven [A.F.M.M.], por competencia.**

Por lo expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia de Tabio Cundinamarca,

## RESUELVE

*1.-MODIFICAR la medida de protección impuesta mediante auto de mayo 21 de 2013 a los jóvenes A.F.M.M. Y J.D.M.M., en consecuencia,*

*2.-ENVIAR las diligencias a la DEFENSORÍA DE FAMILIA de ZIQAQUIRÁ, para que adelante las actuaciones pertinentes en cuanto a la declaratoria de adoptabilidad de J.D.M.M. e inicio proceso de interdicción de A.F.M.M., ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Zipaquirá, por competencia.*

*3.-COMUNICAR a la Defensoría de Familia de Zipaquirá. OFICIAR.*

*4.- INFORMAR a la Comisaría de Familia de Tabio". (Resalta la Sala)*

Como se observa, el Juez Promiscuo Municipal de Tabio, si bien acogió la solicitud presentada por la comisaría de familia, que obedecía, a su vez, a las recomendaciones formuladas por la defensoría de familia, y resolvió formalmente "MODIFICAR" las medidas de protección decretadas por el mismo juzgado, no adoptó directamente las nuevas medidas de protección que debían reemplazarlas, como lo dispone el artículo 103 del Código de Infancia y Adolescencia, sino que ordenó remitir el expediente a la Defensoría de Familia de Zipaquirá, argumentando su falta de competencia para declarar en condición de adoptabilidad al menor de edad J.D.M.M., de conformidad con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006<sup>16</sup>. En cuanto a la interdicción judicial del joven adulto A.F.M.M., no expuso razón alguna para declararse sin competencia, pero en todo caso ordenó remitir también las diligencias a la Defensoría de Familia de Zipaquirá, para que fuera esta quien promoviera el respectivo proceso de interdicción del joven.

La Sala concluye, por lo tanto, que la actuación administrativa que se inició para modificar las medidas de protección adoptadas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio en favor de los menores de edad (en ese momento) J.D.M.M. y A.F.M.M. (artículo 103 de la Ley 1098 de 2006), no se encuentra terminada y que, en el transcurso de la misma, ha surgido un conflicto de competencias entre el citado juzgado y la Defensoría de Familia de Zipaquirá, el cual le corresponde resolver a esta Sala.

Ahora bien, comoquiera que dentro del mismo conflicto se presentan dos situaciones diferentes (una, frente a un menor de edad y la otra, frente a un adulto con aparente discapacidad mental), que requieren medidas de restablecimiento distintas, la Sala analizará de manera separada cada una ellas.

<sup>16</sup> "Artículo 98. Competencia subsidiaria. En los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía.

La declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia" (Negrilla por fuera del texto).

### a. Declaratoria de adoptabilidad del adolescente J.D.M.M.

Si bien el Juez Promiscuo Municipal de Tabio decidió “modificar” la medida de restablecimiento de derechos del menor de edad J.D.M.M., para que, en su lugar, sea declarado en situación de adoptabilidad, manifestó su falta de competencia para hacer dicha declaratoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006. Por su parte, la Defensoría de Familia de Zipaquirá expresó también su falta de competencia, dado que el asunto ya había sido asumido por el Juez Promiscuo Municipal de Tabio ante la pérdida de competencia en la que incurrió el comisario de familia, en virtud de lo señalado en el párrafo segundo del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006.

1. Al respecto, es importante recordar que la potestad otorgada a los jueces en virtud de lo consagrado en el párrafo segundo del artículo 100 de la Ley 1098 es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, por las siguientes razones:

(i) El procedimiento de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes ha sido regulado expresamente en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, como un procedimiento o actuación administrativa. Así se observa claramente en el Capítulo IV del Título II, que se titula “*procedimiento administrativo*”, y en varias de sus normas, que se refieren expresamente a “*procedimiento administrativo*” o “*actuación administrativa*”.

Así lo ha reconocido también la Corte Constitucional en diferentes ocasiones, entre ellas, en las Sentencias C-228 del 5 de marzo de 2008 y C-740 del 23 de julio de 2008.

Dado lo anterior, no encuentra la Sala cuál es el principio, la norma o la razón que permitiría concluir que esta función, que la ley, la jurisprudencia constitucional y la doctrina de esta Sala califican como administrativa, se transforme o mute en una función judicial, por el simple hecho de que un funcionario jurisdiccional la asuma transitoria y excepcionalmente, en virtud de la pérdida de competencia de la autoridad administrativa que venía conociendo el asunto.

(ii) En el párrafo 2º del artículo 100 *ibídem*, que consagra la atribución excepcional para el juez de familia, se reitera la expresión “*actuación administrativa*”.

(iii) Y, por último, debe tenerse en cuenta que la atribución otorgada al juez por la norma que se comenta no es general y permanente, sino excepcional y transitoria, con el fin de cumplir una función que debía ejercer una autoridad administrativa, esto es, la defensoría de familia o la comisaría de familia, pero que, al no ejercerla oportuna y diligentemente, dentro del término previsto en la ley (4 meses), se traslada al juez, con la consiguiente pérdida de competencia por parte de aquellas autoridades.

En esa medida, lo que se presenta en este caso es una excepción al reparto general de competencias que hace la Constitución y la ley, pues el legislador le ha otorgado a una autoridad judicial el cumplimiento de una función administrativa, que debe cumplir de manera supletoria, ante la inactividad de las autoridades administrativas, pero únicamente con el fin de culminar el procedimiento y adoptar las medidas de restablecimiento de derechos a que

haya lugar. Esta pérdida de competencia para resolver el procedimiento de restablecimiento de derechos, representa, a su vez, una especie de sanción para las autoridades administrativas incumplidas y una medida de protección para los niños, niñas y adolescentes, que busca evitar dilaciones injustificadas que atenten o pongan en peligro sus derechos y garantías.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2008, señaló:

*“... El aparte demandado [artículo 100, párrafo 2º, de la Ley 1098 de 2006] estatuye que la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Agrega que vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo.*

*Según lo dispuesto en el artículo 29 superior, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y una de sus características es que no tenga dilaciones injustificadas.*

*Por otra parte, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección especial que debe dispensarles el Estado, además de la familia y la sociedad, exige celeridad, oportunidad y eficacia en el desarrollo de las actuaciones estatales y la adopción de las decisiones correspondientes. Por ello es razonable que la expresión demandada señale los términos mencionados para resolver tanto la actuación administrativa como el recurso de reposición que procede contra dicha resolución.*

*En el mismo sentido, también es razonable que si el funcionario administrativo competente incumple esos términos, el legislador disponga un mecanismo sustitutivo que permita resolver la solicitud formulada, la investigación oficiosa o el recurso de reposición en las citadas condiciones de celeridad, oportunidad y eficacia, y para tal efecto su asignación a la jurisdicción especializada es claramente adecuada. Ante ella, como está contemplado en las normas procedimentales respectivas, los interesados podrán hacer valer sus derechos y ejercer el derecho de defensa. (...)*

*Por lo que la demora en el trámite constituye una situación que pone en peligro los derechos fundamentales de las personas afectadas y genera una sanción para el funcionario administrativo en el entendido de que pierde la competencia para seguir asumiendo el asunto, y debe remitirse al Juez de Familia para que conozca de este.(...)” (Se resalta).*

2. Ahora bien, aclarado lo anterior, la Sala debe establecer si la declaratoria de adoptabilidad de un menor de edad solamente puede ser efectuada por los defensores de familia, como aparentemente lo establece el artículo 98, inciso segundo del Código de la Infancia y la Adolescencia, y lo sostiene el Juez Promiscuo Municipal de Tabio, o si, por el contrario, como lo plantea el Defensor de Familia



de Zipaquirá, dicha decisión puede ser tomada también por los jueces (de familia, promiscuos de familia, civiles municipales o promiscuos municipales, según el caso<sup>17</sup>), cuando transitoria y excepcionalmente asumen el trámite y la resolución de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, ante la pérdida de competencia de los funcionarios administrativos que en principio deben conocerlos.

A este respecto, la Sala comparte la posición expresada por la Defensoría de Familia, por las siguientes razones:

1. El inciso segundo del artículo 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia no puede interpretarse en forma aislada y descontextualizada, como si fuera una proposición normativa autónoma y completa, sino que debe ser entendido de manera sistemática, teniendo en cuenta el contexto de la norma a la cual pertenece, así como otras disposiciones del mismo *código*.

A este respecto, no puede perderse de vista que el objeto del citado artículo 98 es el de establecer quién debe sustituir en el ejercicio de sus funciones a los defensores de familia, y quién debe reemplazar a los comisarios de familia en los municipios donde no exista defensor, caso en el cual lo sustituye el comisario de familia, y en aquellos otros lugares en donde no haya ni defensor ni comisario de familia, hipótesis en la cual las funciones de ambos funcionarios administrativos deben ser ejercidas por los inspectores de policía.

En esa medida, cuando el inciso final del precepto citado dispone que *“la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia”*, lo que pretende significar dicho fragmento normativo es que tal atribución (la de declarar la adoptabilidad) no puede ser ejercida ni por los comisarios de familia ni por los inspectores de policía, aunque en el respectivo municipio no haya defensor de familia, o no exista defensor ni comisario de familia.

No podría concluirse, entonces, que dicho inciso consagra, de forma absoluta y frente a todas las autoridades administrativas y judiciales que tienen competencia para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, una atribución exclusiva para declarar la adoptabilidad de los menores de edad, en cabeza de los defensores de familia, pues tal conclusión, como se advierte, implicaría sacar al referido inciso de su contexto e interpretarlo de forma aislada, sin tener en cuenta, no solo el resto del artículo del cual forma parte, sino también otras disposiciones legales, como, por ejemplo, aquellas que establecen las competencias de los jueces de familia, como enseguida se verá.

2. Debe tenerse en cuenta que los jueces de familia no solo pueden homologar las decisiones adoptadas por las defensorías de familia, incluyendo la declaratoria de adoptabilidad, sino que pueden, incluso, decretar la adopción, tal como lo establecen las normas pertinentes del Código de la Infancia y la Adolescencia<sup>18</sup> y el Código General del Proceso<sup>19</sup>.

17 Artículo 17, numeral 6º del Código General del Proceso y artículo 120 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

18 Artículo 119, numerales 1º y 2º.

19 Artículo 21, numerales 11, 18 y 19, y artículo 22, numeral 8º.

Por tal razón, mal podría entenderse que los jueces no pueden declarar directamente la situación de adoptabilidad cuando sustituyen a los comisarios de familia o a los defensores de familia, por la pérdida de competencia en que hayan incurrido estos funcionarios. En esta medida, la Sala acoge la posición expuesta por la UNICEF y la “Alianza por la Niñez Colombiana”, en sus comentarios a la Ley 1098 de 2006, cuando afirman, en relación con el inciso segundo del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006:

*“Esta norma se refiere a que aun cuando existan las autoridades subsidiarias tales como las Comisarias de Familia y las Inspecciones de Policía, la ley establece, que la declaratoria de adoptabilidad solamente la podrá definir la Defensoría de Familia, dado que es la única medida de restablecimiento de carácter definitivo, razón por la cual se mantiene solo en su cabeza.*

*Ahora bien, tal como lo dispone el principio general del derecho que quien puede lo más puede lo menos, en los eventos en que por vencimiento de términos consagrados en el procedimiento administrativo para tomar la medida definitiva, el defensor o defensora pierda la competencia y el caso pase al juez de familia o promiscuo de familia, estos por ser autoridad superior, tienen la facultad de dictar la declaratoria de adoptabilidad.*

*La lógica de este artículo se centró en prohibir una decisión de dicha magnitud en cabeza de autoridades subsidiarias”.<sup>20</sup> (Se resalta).*

3. En armonía con lo anterior, debe observarse que ninguna de las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia o del Código General del Proceso que atribuyen a los jueces de familia, o a quienes los sustituyan, competencia temporal y extraordinaria para continuar tramitando y resolver los procedimientos administrativos de restablecimiento de derechos, en aquellos eventos en los que se presenta la pérdida de competencia de los comisarios o defensores de familia, establece limitación o restricción alguna a la potestad que tales jueces tienen para declarar la adoptabilidad del menor de edad, dentro del conjunto de medidas de restablecimiento del derecho que pueden dictar, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

En efecto, ni los artículos 100, párrafo 2º, y 119, numeral 4 de la Ley 1098 de 2006, ni el artículo 21, numerales 8º y 20 de la Ley 1564 de 2012, establecen prohibición o limitación alguna dirigida a los jueces de familia para declarar la adoptabilidad de un menor de edad, cuando sustituyan en sus funciones a los defensores de familia, a los comisarios de familia o a los inspectores de policía, según el caso, como habría tenido que suceder si la intención real del legislador hubiese sido la de negar a tales jueces la posibilidad de adoptar dicha medida de restablecimiento de derechos.

4. Asimismo, es necesario considerar que si llegare a concluirse que los jueces no pueden declarar la adoptabilidad de un menor de edad en la hipótesis a la cual se viene aludiendo (pérdida de competencia de los funcionarios administrativos), no habría quién adoptara dicha medida cuando el proceso administrativo de restablecimiento de derechos lo esté tramitando un defensor de familia y este pierda competencia por vencimiento de

<sup>20</sup> UNICEF y Alianza por la Niñez Colombiana. *Código de la Infancia y la Adolescencia, versión comentada*. Bogotá, 2007.

los plazos para dictar el fallo respectivo, o para resolver el recurso de reposición, según el caso, consagrados en el artículo 100 de la Ley 1098. En efecto, bajo dicha interpretación tendría que concluirse que el defensor de familia no estaría sujeto a plazo alguno para efectuar la declaratoria de adoptabilidad, ni perdería su competencia por falta de diligencia y actividad, o bien que dicha medida de restablecimiento no podría ser tomada por el juez que lo sustituya, quien tendría que conformarse con dictar alguna de las otras medidas previstas en el artículo 53 de la misma ley. Cualquiera de las dos conclusiones sería ostensiblemente contraria al interés superior de los niños, niñas y adolescentes y, por lo mismo, resultaría opuesta a la Carta Política y a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

5. Por último, estima la Sala que tampoco constituye un impedimento para que los jueces declaren en estos casos la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, el hecho de que los jueces de familia tengan la función de homologar las decisiones que en este sentido tomen los defensores de familia, pues lo mismo ocurre con las demás medidas de restablecimiento de derechos, las cuales están sujetas también a este mecanismo eventual de revisión judicial<sup>21</sup>, sin que pueda decirse, entonces, que por tal circunstancia los jueces de familia, al asumir excepcional y transitoriamente la competencia asignada a los defensores y comisarios de familia, estén limitados para adoptar cualquiera de las medidas de restablecimiento de derechos que señala el artículo 53 ibídem.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en el caso específico de la declaratoria de adoptabilidad, la homologación de dicha medida está sujeta a una regulación especial contenida en los artículos 107 y 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia<sup>22</sup>, la cual establece las causales por las cuales procede y el respectivo procedimiento, en forma diferente a lo normado en el artículo 100 del mismo código.

Así las cosas, por el hecho de que un juez de familia u otro que lo reemplace (en aquellos municipios donde no haya esa clase de jueces) declare la adoptabilidad de un menor, no puede descartarse, a juicio de la Sala, que tal decisión pueda ser revisada u homologada por otro juez de la misma o de superior jerarquía, cuando se presente alguna de las causales previstas en el citado artículo 108, de acuerdo con las reglas de competencia previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia y en el Código General del Proceso, incluyendo aquellas que regulan los impedimentos y las recusaciones.

En consecuencia, la Sala considera que aun cuando el inciso segundo del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006 señala que la declaratoria de adoptabilidad corresponde de manera

21 Artículos 100 y 119, numeral 2º del Código de la Infancia y la Adolescencia.

22 "Artículo 107. Contenido de la declaratoria de adoptabilidad o de vulneración de derechos. En la resolución que declare la situación de adoptabilidad o de vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, se ordenará una o varias de las medidas de restablecimiento consagradas en este código.

(...)

Parágrafo 1º. Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición.

(...)

Artículo 108. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro Civil". (Negritas ajenas al texto).

“*exclusiva*” al defensor de familia, tal exclusividad solamente se predica frente a los comisarios de familia e inspectores de policía, por lo que el juez investido de autoridad administrativa también puede cumplir con dicha función. Por tal razón, la Sala declarará competente al Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio –funcionario que falló el proceso de restablecimiento de derechos y adoptó las respectivas medidas– para que resuelva sobre la situación de adoptabilidad del menor de edad J.D.M.M.

#### **f. Proceso de interdicción del joven A.F.M.M.**

En cuanto al proceso de interdicción del joven (adulto) A.F.M.M., ni el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio ni la Defensoría de Familia de Zipaquirá manifestaron expresamente la razón por la cual se consideran incompetentes para iniciarlo.

Ahora bien, el artículo tercero de la Ley 1098 de 2006 dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 3º. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”.* (Negrilla ajena al texto).

La norma transcrita delimita materialmente el universo de destinatarios del Código de la Infancia y la Adolescencia, con base en dos períodos etarios que concluyen legalmente con la edad de 18 años, a partir de la cual la legislación colombiana reconoce la mayoría de edad y la ciudadanía.

Significa, entonces, que cumplida la edad de 18 años, los derechos fundamentales de las personas se garantizan, protegen y reparan conforme a las normas generales o a los regímenes especiales que atienden situaciones o condiciones específicas, distintas de la edad, sin perjuicio de las remisiones que algunas de dichas disposiciones hacen al Código de la Infancia y la Adolescencia, como ocurre en el presente caso, según se verá.

#### **La Ley 1306 de 2009<sup>23</sup>**

La Ley 1306 de 2009 contiene disposiciones especiales para la protección de las personas con discapacidad mental, su representación legal y la administración de su patrimonio.

El artículo 25, numeral 4 de dicha ley reza:

“ARTÍCULO 25. Interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta: La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado y, en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla.

Tienen el deber de provocar la interdicción: (...)

23 “[P]or la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”. *Diario Oficial* 47.371 (junio 5 de 2009).

3. *El Defensor de Familia del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta.*

4. *El Ministerio Público del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta. (...)*” (Negrillas ajenas al texto).

Teniendo en cuenta que el joven A.F.M.M. cumplió la mayoría de edad encontrándose en la Fundación Social Santa María – Hogar San José, Regional Cundinamarca, ubicada en el municipio de Tocaima (Cundinamarca), la competencia para “provocar” o solicitar la interdicción de dicha persona, si efectivamente se comprueba que padece de una discapacidad mental absoluta, correspondería, entre otras, a la Defensoría de Familia o a la Personería del municipio de Tocaima, esta última, como representante del Ministerio Público en esa entidad territorial (artículo 118 de la Constitución Política).

En virtud de lo anterior, mediante auto para mejor proveer, se solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Regional Cundinamarca– que informara a esta Sala si había sido designado algún defensor de familia para el municipio de Tocaima que ejerciera sus funciones de manera permanente y continua, frente a lo cual el Director Regional manifestó que para dicho municipio “*no se encuentra designado ningún Defensor o Defensora de Familia*”. Asimismo, con el citado auto, se vinculó al conflicto al Personero del municipio de Tocaima, el cual, en su intervención, manifestó que era competente para promover la posible interdicción del joven adulto A.F.M.M. (folios 67 y 76 a 80).

A este respecto, la Sala reitera que cuando la discusión competencial no existe o desaparece, porque una de las autoridades en conflicto acepta expresamente su competencia para decidir, como ocurre en el caso concreto, en que la Personería Municipal de Tocaima la aceptó, no hay lugar a que se emita un pronunciamiento de fondo, pues ha desaparecido la causa que justificaba su intervención. En consecuencia, la Sala se inhibirá de tomar una decisión respecto del joven adulto A.F.M.M., y ordenará que se remita copia del expediente a la Personería Municipal de Tocaima, para que proceda a realizar las diligencias tendientes a obtener la declaratoria de interdicción de A.F.M.M.

Sin perjuicio de lo anterior, resalta la Sala que el sistema de competencias establecido por la Ley 1098 de 2006, distribuido en distintas autoridades, unas veces de manera principal y otras de manera subsidiaria o sustituta, busca otorgar efectividad y celeridad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta finalidad concuerda con el principio de corresponsabilidad que trae el artículo 10 del *Código de la Infancia y la Adolescencia*<sup>24</sup>, según el cual hay una concurrencia de actores (familia, sociedad, sectores e instituciones del Estado) y acciones con el fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este grupo de población que goza de protección especial, razón por la cual las autoridades involucradas en este sistema, ante cada asunto del que tengan conocimiento, están en el deber legal y constitucional a realizarlas en los precisos términos previstos en las normas.

24 Ley 1098 de 2006 “Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.// La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.// No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar competente al Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio para resolver sobre la situación de adoptabilidad del menor de edad J.D.M.M.

**SEGUNDO:** Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en relación con el trámite de interdicción del joven adulto A.F.M.M., por inexistencia actual de objeto, según lo explicado en esta decisión.

**TERCERO:** Enviar el expediente de la referencia al Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio, para lo de su competencia.

**CUARTO:** Enviar copia del mismo expediente a la Personería Municipal de Tocaima (Cundinamarca), para lo de su competencia, en relación con la interdicción del joven adulto A.F.M.M.

**QUINTO:** Comunicar la presente decisión a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá –Regional Cundinamarca–, al Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio, a la Personería del municipio de Tocaima y al Director Regional del ICBF – Cundinamarca.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

**9. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).****Asunto: Autoridad competente para realizar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes causada con posterioridad al traslado masivo de Cajanal al ISS.****Radicado 2016-00119**

Fecha: 26/10/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a estudiar el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

**I. Antecedentes**

1. Según los antecedentes que obran en el expediente, el señor Manuel Narciso Echeverry Cueto tuvo en vida la siguiente historia laboral<sup>1</sup>:

- a. Nació el 17 de septiembre de 1959 y falleció el 4 de febrero de 2010 (folio 14A).
- b. Estuvo vinculado laboralmente con el Departamento de Bolívar desde el 18 de febrero de 1987 hasta el 30 de mayo de 1998.
- c. En la Secretaría de Salud de Bolívar –Hospital local de Calamar–, desde el 1º de agosto de 1999 hasta el día de su fallecimiento (folio 14A anverso).
- d. Estuvo afiliado a Cajanal desde el 18 de febrero de 1987 hasta el 30 de junio de 2009 y, según la UGPP, al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de julio de 2009 hasta su muerte, en virtud del traslado masivo de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009.

2. En junio de 2010, la señora Martha María Cantillo Padilla, en calidad de cónyuge supérstite del señor Echeverry Cueto, presentó solicitud de *reconocimiento de pensión de sobrevivientes* ante la antigua Cajanal, quien mediante la Resolución UGM 049770 del 14 de junio de 2012 negó la petición por considerar que con el traslado masivo efectuado en el año 2009 perdió competencia para su estudio y reconocimiento (folio 11).

3. El 24 de diciembre de 2013, actuando mediante apoderado, la señora Carrillo Padilla presentó ante la UGPP solicitud para el reconocimiento de la pensión de

<sup>1</sup> Información tomada de las resoluciones de la UGPP que reposan en el expediente, así como de sus alegatos (folios 14 A y ss; folios 44 y ss).

sobrevivientes, entidad que mediante Resolución RDP 058502 del 30 de diciembre de 2013, le negó el reconocimiento pensional porque los certificados laborales y los factores salariales fueron aportados en copia simple, razón por la que, a su juicio, carecían de valor probatorio; además, remitió el expediente a Colpensiones por competencia. La peticionaria presentó recurso de reposición en contra de esta decisión, el cual fue negado por extemporáneo.

4. El 28 de septiembre de 2015, la señora Marta María Cantillo Padilla, actuando mediante apoderado, presentó nuevamente solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la UGPP, quien mediante Auto ADP016625 de 14 de diciembre de 2015, manifestó que el expediente había sido enviado a Colpensiones en mayo de 2014. Adicionalmente considera que ante la negativa de ambas entidades (UGPP y Colpensiones) para estudiar la solicitud de la peticionaria, se debe plantear el conflicto negativo de competencias ante el Consejo de Estado.

5. En enero de 2016, la señora Cantillo Padilla, presentó su petición a Colpensiones para que le reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite del señor Echeverry Cueto (folio 21). Ante el silencio de Colpensiones, en el mes de junio de 2016, la señora Cantillo Padilla interpuso acción de tutela ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla (folio 21 y 64), la cual fue resuelta favorablemente en el sentido de ordenar a Colpensiones a resolver la petición de la señora Cantillo Padilla.

6. En cumplimiento de la orden de tutela, Colpensiones expidió la Resolución GNR 217009 de julio 25 de 2016, mediante la cual niega la solicitud pensional porque las cotizaciones se hicieron a Cajanal desde el año 1987 y, además, porque el señor Echeverry Cueto no aparece afiliado a Colpensiones.

7. El 12 de junio de 2016, la señora Marta María Cantillo Padilla, a través de apoderado, planteó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el conflicto negativo de competencias entre Colpensiones y la UGPP, con el fin de que se determine cuál entidad debe resolver su petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (folios 1 a 3). A su juicio, debería aplicarse el Decreto 2709 de 1994, artículo 10, según el cual la competencia es de la entidad “donde tuviese mayor antigüedad”, en este caso, la UGPP.

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Consta que se informó sobre el presente conflicto a Colpensiones, a la UGPP, al Abogado José Luis Rodríguez Monterrosa y a la señora Marta María Cantillo Padilla, y al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla con el fin de que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente.



### III. Argumentos de las partes

Según informe Secretarial de la Sala de Consulta y Servicio Civil, allegaron alegatos la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad de Pensiones y Parafiscales de la UGPP, los cuales se exponen a continuación:

#### 1. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

En escrito dirigido a la Sala, Colpensiones manifestó que las reglas de competencia para los reconocimientos pensionales a cargo de UGPP y Colpensiones están definidas en los Decretos 2196 de 2009, 2527 de 2000 y 5021 de 2009. Con base en las anteriores normas fundamentó su falta de competencia para conocer y resolver de fondo la petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor Manuel Narciso Echeverry Cueto porque, según manifiesta, (i) el fallecimiento y la causación de la pensión de sobrevivientes (4 de febrero de 2010) se generó cuando el traslado masivo de afiliados de Cajanal al ISS aún no había producido efectos; y (ii) el causante no aparece como afiliado a Colpensiones. Por tanto la competencia para reconocer la pensión es de Cajanal, hoy UGPP, por ser la administradora *“de la cual se haya retirado el afiliado”*.

#### 2. Unidad de Pensiones y Parafiscales (UGPP)

Con fundamento en los Decretos 813 de 1994, 2527 de 2000 y 2196 de 2009, la UGPP señala que en el presente caso la competencia es de Colpensiones porque a pesar de que el causante estuvo afiliado a Cajanal por más de 20 años, fue incluido en el traslado masivo de los afiliados de Cajanal al ISS.

Agregó que el cotizante no adquirió su estatus jurídico antes del traslado masivo porque le faltaba el requisito de la edad exigido por la Ley 100 de 1993 y que además el señor Echeverry Cueto cumplió más de 20 años de servicio solamente en el sector público, razón por la que no puede hablarse de una pensión por aportes (Ley 71 de 1988), como tampoco de una pensión en régimen de transición por no acreditar los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

### IV. Consideraciones

#### 1. Competencia

##### a. Competencia de Sala

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

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

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

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

Como se evidencia en los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional: Colpensiones y la UGPP. El asunto discutido es de naturaleza administrativa y es particular y concreto porque se refiere a la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Manuel Narciso Echeverry Cueto. Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

## **b. Términos Legales**

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo ordena:

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

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem. La interpretación armónica de los artículos 2º y 34 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben registrarse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el

presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

## 2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 3. Problema jurídico

Se trata de establecer la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de *la pensión de sobrevivientes* que reclama la señora Marta María Cantillo Padilla, en calidad de cónyuge supérstite del señor Manuel Narciso Echeverry Cueto.

La UGPP niega su competencia porque el derecho a la pensión no se consolidó antes del traslado masivo al ISS; Colpensiones, por su parte, niega la competencia alegando que el señor Manuel Narciso Echeverry Cueto ya contaba con las semanas de afiliación estando afiliado a Cajanal y porque para la fecha de su fallecimiento (momento en que se causa la pensión de sobrevivientes) no había una afiliación activa con el ISS.

## 4. Análisis del conflicto planteado

### 4.1. Aspecto previo: régimen normativo bajo el cual se debe revisar la competencia para resolver la solicitud

Según los documentos e información disponible en el expediente el señor Manuel Narciso Echeverry Cueto nació el 17 de septiembre de 1959 y su historia laboral fue la siguiente:

Empleador	Periodo laborado	Entidad donde cotizó	Tiempo (días)
Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar	Febrero 18 de 1987 a mayo 30 de 1998	Cajanal	4063

Empleador	Periodo laborado	Entidad donde cotizó	Tiempo (días)
Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar –Hospital de Calamar–	Agosto 1° de 1999 a junio 30 de 2009	Cajanal	3570
Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar –Hospital de Calamar–	Julio 1° de 2009 a febrero 4 de 2010	ISS1	214

De acuerdo con lo anterior y sin perjuicio del derecho de la interesada a discutir cualquier aspecto sustantivo del régimen aplicable ante la entidad de previsión social que resulte competente, la Sala observa que en relación con el señor Manuel Narciso Echeverry Cueto no se daban las condiciones para aplicar el régimen de transición, en la medida que para el momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 no cumplía ninguna de las dos condiciones que permitían la aplicación de dicho régimen, esto es, 40 años de edad (los cuales solo cumplió el 17 de septiembre de 1999) o 15 años de servicio (a los que no llegó antes del 2002).

Por lo tanto, para determinar la competencia para decidir, no son aplicables las normas que regulan la situación de las personas en régimen de transición (Decreto 813 de 1994), ni de aquellas que estando afiliadas a cajas o fondos de previsión cumplieron requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia del régimen de la Ley 100 de 1993 (Decreto 2527 de 2000), como lo señala Colpensiones.

Además, cabe señalar que, según se constata de la información laboral transcrita, el señor Echeverry Cueto solo trabajó en el sector público, por lo que tampoco resulta procedente acudir a las normas sustantivas y de competencia que regulan la pensión por aportes de la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994, pues lo que regula dicha normativa es la pensión que se logra por la suma de tiempos laborados en el sector público y privado.

Por ende, como pone de presente la UGPP y también reconoce Colpensiones (cuando invoca como causal de incompetencia los problemas del traslado masivo de afiliados), el presente conflicto de competencias administrativas debe resolverse directamente con base en el Decreto 2196 de 2009 que regula de manera específica la situación de las personas que se encontraban afiliadas a Cajanal y que luego debían trasladarse al ISS en virtud de la liquidación de esta entidad.

#### **4.2 La distribución de competencias entre Cajanal y el ISS en virtud de la liquidación de la primera: se determina por la fecha de causación del derecho. Reiteración**

Como ha recordado la Sala<sup>2</sup>, el artículo 52 de la Ley 100 estableció la competencia general del Instituto de los Seguros Sociales (ISS) para la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y señaló que las cajas, fondos o entidades de seguridad

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 2016-00034 del 8 de junio de 2016. Ver Consejo de Estado. Rad. 11001-03-06-000-2014-00095-00.

social del sector público continuarían administrando dicho régimen solamente “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.<sup>3</sup>

En armonía con el artículo 52 en cita, el artículo 129 de la misma Ley 100 prohibió, a partir de su vigencia, la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales, distintas a las que se constituyeran como empresas promotoras o prestadoras de servicios de salud.

Precisamente, en el caso de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) creada por la Ley 6ª de 1945<sup>4</sup> para reconocer y pagar las prestaciones de “*los empleados y obreros nacionales de carácter permanente*”, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009<sup>5</sup> dispuso su supresión y liquidación y ordenó, en el artículo 4º, el traslado de los afiliados de Cajanal EICE en liquidación al ISS dentro del mes siguiente a su entrada en vigencia<sup>6</sup>; y en el artículo 3º **dejó a cargo del proceso liquidatorio únicamente el trámite y reconocimiento de las pensiones de los afiliados que hubieran cumplidos los requisitos** en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS:

*“Artículo 3º. Prohibición para iniciar nuevas actividades. Como efecto de la liquidación aquí ordenada, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar los actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación.*

*En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal EICE en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por la Ley 1151 de 2007. Para tales efectos atenderá las solicitudes y peticiones que se le presenten y celebrará los contratos de administración u operación que sean necesarios”. (Negrillas de la Sala).*

Así, la Sala ha reiterado que Cajanal EN LIQUIDACIÓN solamente mantuvo competencia para el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que al 1º de julio de 2009 ya hubieran

3 Ley 100 de 1993, artículo 52. “Entidades administradoras. El régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales. / Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley. / Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria”.

4 Ley 6ª de 1945 (febrero 19), “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

5 Decreto 2196 de 2009 (junio 12), “Por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”.

6 De acuerdo con su artículo 28, el Decreto 2196 de 2009 entró a regir en la fecha de su publicación, que fue hecha en el *Diario Oficial* 47.378 del 12 de junio de 2009; de modo que esta fecha determina el plazo para el traslado efectivo de los afiliados de Cajanal al ISS.

causado su pensión, mientras que el ISS asumió esa función respecto de aquellas personas que adquirieran el derecho con posterioridad a esa fecha:

“La interpretación integral y sistemática de las disposiciones analizadas permite a la Sala extraer las siguientes conclusiones en relación con la distribución de las competencias de actualmente tienen asignadas la UGPP y Colpensiones para reconocer y pagar pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida:

*a. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de aquellas personas que, antes del 1º de julio de 2009<sup>7</sup>, adquirieron el derecho a la pensión, es decir, cumplieron los requisitos de edad y número de semanas cotizadas o tiempo de servicios exigidos, siempre y cuando para entonces estuvieran afiliadas a Cajanal.*

*b. Compete también a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de aquellas personas que, estando afiliadas a Cajanal o a las otras cajas, fondos o entidades públicas autorizadas por el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 para administrar pensiones en el régimen de prima, cumplieron el requisito de tiempo de servicios (o número de semanas cotizadas) exigido por la ley, y se retiraron o desafilieron del régimen de prima media con prestación definida antes de la cesación de actividades de la respectiva caja, fondo o entidad. En el caso de Cajanal, debe entenderse que tal hecho sucedió igualmente el 1º de julio de 2009.*

*c. En los demás casos (por ejemplo, quienes se trasladaron de Cajanal al ISS sin haber cumplido la edad exigida por la normativa que les fuera aplicable), el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida compete a Colpensiones, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad.”<sup>8</sup> (Se resalta).*

## 5.Caso concreto

Como se acaba de indicar, la distribución de competencias entre Cajanal hoy a cargo de la (UGPP) y el ISS hoy (Colpensiones), en relación con las personas que estuvieron afiliadas a esa caja de previsión, se determina por la fecha de causación del derecho, según haya ocurrido o no antes del 1º de julio de 2009.

En el presente caso, no existe discusión entre las entidades respecto de la *pensión de sobrevivientes*, en el sentido de que el derecho se causa cuando se produce la muerte del afiliado, de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003. Así, como lo señalan tanto la UGPP como Colpensiones, para la solución del conflicto analizado la fecha de referencia (de causación del derecho) es el 4 de febrero de 2010 cuando falleció el señor Echeverry Cueto y surgió para su cónyuge la posibilidad de solicitar la pensión de sobrevivientes.

7 Fecha en la cual se realizó el traslado masivo de afiliados de Cajanal en liquidación al ISS, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009.

8 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 2016-00034 del 8 de junio de 2016. Ver Consejo de Estado. Rad. 11001-03-06-000-2014-00095-00.

Por tanto, al aplicar la regla de competencia prevista en el Decreto 2196 de 2009 anteriormente analizada, se debe concluir que la competencia para resolver la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por la señora Marta María Cantillo Padilla es de Colpensiones, en la medida que el derecho se causó con posterioridad al 1° de julio de 2009.

Ahora bien, Colpensiones alega que la anterior regla no se podría aplicar y por ende la competencia sería de la UGPP en su condición de responsable de las pensiones que estaban a cargo de Cajanal, porque no existe constancia de que el señor Echeverry Cueto hubiera sido trasladado efectivamente al ISS el 1° de julio de 2009, reiterando que en la actualidad no se encuentra afiliado a Colpensiones.

Para la Sala, este argumento no es de recibo pues la regla de competencia definida en el Decreto 2196 de 2009 está basada exclusivamente en la fecha de causación del derecho (según se explicó) y no se encuentra supeditada al traslado masivo (hechos operativos materiales) que debieron cumplirse entre Cajanal y el ISS.

En este orden, la discusión que se presenta entre la UGPP y Colpensiones sobre si el 1° de julio de 2009 el señor Echeverry Cueto fue o no objeto de traslado masivo de Cajanal al ISS resulta irrelevante para determinar la competencia en el presente asunto, pues, se repite, esta no se deriva de la afiliación o de las cotizaciones, sino del momento en que se causa el derecho. Además, es claro que los problemas operativos y los posibles incumplimientos de las normas legales no pueden trasladarse a los ciudadanos y mucho menos convertirse en argumento válido para negar sus solicitudes.

Así las cosas, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la entidad que debe estudiar y resolver de fondo la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por la señora Cantillo Padilla, esposa del señor Echeverry Cueto, en tanto el derecho pensional se consolidó en el momento de su fallecimiento, fecha para la cual la competencia ya se encontraba radicada en el ISS, hoy Colpensiones.

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar que Colpensiones es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Manuel Narciso Echeverry Cueto.

**SEGUNDO:** Enviar el expediente de la referencia a Colpensiones.

**TERCERO:** Reconocer personería al doctor José Luis Rodríguez Monterrosa, en los términos y con los efectos conferidos en el poder que allegó a las diligencias.

**CUARTO:** Comunicar la presente decisión a la UGPP, a la señora Marta María Cantillo Padilla y a su apoderado.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.



**10. Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), Alcaldía Municipal de Cúcuta –Norte de Santander– y Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).****Asunto: Pensión de jubilación por aportes.****Radicado 2016-00103**

Fecha: 15/11/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre el Fondo Territorial de Pensiones del Magdalena –Departamento del Magdalena– y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

**I. Antecedentes**

1. La señora Zaida Marina Yanet Lindarte, identificada con cédula de ciudadanía N° 37.244.129 de Cúcuta, nació el 31 de enero de 1958, por lo que actualmente cuenta con 58 años de edad.

2. Durante su vida laboral, la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, cotizó tanto al sector público, como al privado desde el año de 1982 hasta el año 2010. En efecto, obra en el expediente que la solicitante inició sus laborales profesionales efectuando sus aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Caja Departamental de Previsión de Norte de Santander, a la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta, a Cajanal, al Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones, y al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon).

3. El 11 de marzo de 2014, la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, por considerar que cumplía con los requisitos de tiempo y edad, le solicitó al Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones, el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

4. Mediante Resolución GNR 3616 del 8 de enero de 2015, el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, por considerar que la solicitante: (i) no acreditaba el mínimo de semanas exigidas por el Decreto 758 de 1990; (ii) no cumple los requisitos de conformidad con los postulados de la Ley 71 de 1988; no le es aplicable la Ley 33 de 1985 por no contar con las exigencias mínimas requeridas por la misma; y, (iv) no justifica el mínimo de semanas necesarias para serle aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Ciertamente, en el mencionado acto administrativo, el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, sostuvo:

“Visto lo anterior, el peticionario no logra acreditar el requisito mínimo de semanas exigido por el Decreto 758 de 1990 para acceder a la prestación pretendida. Ello porque no acredita ni 1.000 semanas en cualquier tiempo, ni 500 semanas durante el periodo comprendido entre el 31 de enero de 1993 y el 31 de enero de 2013; lapso durante el cual cuenta con 239 semanas de cotización. Frente a lo anteriormente expuesto se aclara al peticionario que para el estudio de la prestación en virtud del Decreto 758 de 1990 única y exclusivamente se tienen en cuenta las semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy Colpensiones, desestimando los tiempos acreditados con otras cajas”.

*“Que en aplicación de la Ley 71 de 1988, el asegurado tampoco cumple los requisitos para obtener la prestación pretendida, toda vez que acumulados los tiempos laborados en entidades del sector público y no cotizados al ISS y los cotizados al ISS y los cotizados ante Colpensiones no cumple el requisito de los 20 años (1.029 semanas de cotización)”.*

*“Que en aplicación de la Ley 33 de 1985, el asegurado tampoco cumple los requisitos para obtener la prestación pretendida, toda vez que acumulados los tiempos laborados en entidades de sector público y no cotizados al ISS y los cotizados ante Colpensiones no cumple con el requisito de los 20 años (1.029 semanas de cotización).”*

*“Que de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, los requisitos para obtener la pensión de vejez, son los siguientes (...) A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará, así: (...)”*

*“Que en consideración a lo anterior, el (a) peticionario (a) no logra acreditar el requisito mínimo de semanas, razón por la cual se niega la prestación solicitada”.*

5. Mediante escrito presentado ante Colpensiones, la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, argumentando que:

*“Según lo señalado en la resolución atacada, para la fecha de estudio de mi solicitud, yo solo contaba con 1.077 semanas cotizadas. Debe tomarse en cuenta que el mes de febrero de 1997, trabajé y coticé en calidad de funcionaria del ISS, Seccional Norte de Santander, tal como se desprende de la Resolución 0490 de 21 de febrero de 1997 que acepta mi renuncia. Sin embargo, Colpensiones arbitrariamente excluye el pago del mes de febrero con la disculpa de aplicarlo a “periodos anteriores” sin explicar cuál. Es decir, me cercena 4.29 semanas sin justificación alguna. (...)”*

*“Como se observa, en ningún caso la norma ha previsto la pérdida del tiempo cotizado, y menos aún trasladar dicha carga al trabajador, en razón de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993. (...) Según se anota en el noveno considerando de la resolución GNR 3616 de 2005 (sic) la suscrita tiene derecho a la pensión de vejez, al cumplir con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, dado que, como se anota en el numeral anterior, tengo cotizadas y pagadas más de 1.029 semanas”.*

6. Mediante Resolución N° GNR 169571 del 9 de junio de 2015, Colpensiones confirmó en su totalidad la Resolución N° GNR 3616 del 8 de enero de 2015, aduciendo que la peticionaria no acreditaba las 750 semanas de cotización al 25 de julio de 2005, de conformidad con lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 de 2005 por lo que no le era aplicable el beneficio de la extensión contemplado en el Régimen de Transición. De igual forma, una vez analizado el caso de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte a la luz de la Ley 797 de 2003 y de la Circular 08 de 2013 emanada de la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, Colpensiones llegó a la conclusión de que si bien la peticionaria a la fecha de solicitud de la pensión contaba con la edad mínima requerida, esto es 57 años, para el año 2015 no contaba con el total de semanas demandadas es decir, 1.300, por lo que no era posible proceder a reconocer la prestación económica solicitada. (fls 159 a 162)

7. Mediante Resolución N° VPB 54774 del 30 de julio de 2015, Colpensiones revocó las Resoluciones N° GNR 3616 del 8 de enero de 2015 y GNR 169571 del 9 de junio de 2015 y en su lugar, declaró su falta de competencia para reconocer la pensión de vejez de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte al juzgar que, en aplicación del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, la última entidad o fondo de previsión social al cual estuvo afiliada fue a Fonprecon en tanto al que más cotizó fue a la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta por lo que, la llamada a resolver dicha solicitud era la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta, razón por la cual decidió remitir la documentación contentiva de la solicitud de pensión de vejez a dicha entidad. De esta forma, sostuvo:

*“Que en este orden de ideas al verificar la historia laboral de la asegurada se estableció que la última entidad o fondo de previsión social al cual estuvo afiliada fue Fonprecom, en el que cotizó menos de 6 años y que la entidad o caja de previsión social en la que presentó mayores cotizaciones fue la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL MUNICIPAL DE CÚCUTA, razón por la que es esta entidad la encargada de resolver la solicitud de pensión de vejez de la señora **YANET LINDARTE ZAIDA MARINA** y no Colpensiones”.*

8. Frente a lo anterior, mediante comunicación del 19 de octubre de 2015, dirigida a la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, la Alcaldía de San José de Cúcuta manifestó su incompetencia para reconocer y pagar la pensión de vejez por aportes de la peticionaria, señalando que en la actualidad el Fondo de Pensiones de la Alcaldía de San José de Cúcuta es responsable de pagar las pensiones de quienes eran servidores o afiliados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, afirmó que *“[N]o tiene competencia para otorgar pensiones ya que a partir del 30 de junio de 1995 fecha que adquiere la carga prestacional de la extinta caja quien era administradora del régimen de prima media, la Alcaldía no es administradora del régimen de prima media, solo es pagadora de mesadas de pensiones ya otorgadas, situaciones de pensión y pago de auxilio funerario. Decreto 2527 de 2000”.* Y, en su lugar ordenó dar traslado de la documentación al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON).

9. Mediante Resolución N° 0114 de 29 de marzo de 2016, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por aportes a la señora Zaida Marina Yanet Lindarte pues, a su juicio y a la luz de lo dispuesto

en el Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así como del Acto Legislativo 01 de 2005, al 28 de julio de 2005, la peticionaria solo acreditaba 695 semanas de cotización de las 750 requeridas. Adicionalmente, manifestaron que: *“(...) una vez analizado el caso de la señora YANET LINDARTE se establece que no resulta aplicable ninguna de las normas en transición, dado que el cumplimiento de los 55 años de edad se dio únicamente hasta el 31 de enero de 2013, y tanto la Ley 33 de 1985 como la Ley 33 de 1985 como la Ley 71 de 1988 exigen dicho tópico de edad para efectuar el reconocimiento pensional”*.

Ahora bien, luego de haber hecho el estudio del caso bajo los postulados del Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993 y normativa complementaria, Fonprecon, procedió a efectuar su análisis en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Así pues, concluyeron *“[Q]ue de acuerdo con la normativa transcrita, para acceder a la pensión de vejez se requiere contar con 57 años de edad y haber cotizado 1.300 semanas para el año 2015 y en adelante, condiciones en su totalidad con las que no cuenta la señora ZAIDA MARINA YANET LINDARTE, puesto que pese a cumplir con la edad NO cumple con las 1.300 semanas de cotización, esto es, cuenta con 949 semanas en toda su historia laboral”*.

10. Ante ello, la señora Zaida Marina Yanet Lindarte interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No 0114 de 29 de marzo de 2016, en aras de obtener su revocatoria y, en su lugar, el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por aportes. Para ello, sustentó el recurso señalando que de conformidad con su historial laboral, es beneficiaria del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que a la entrada en vigencia de la misma contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicios por lo que, su pensión de jubilación ha debido ser reconocida a la luz de los postulados de la Ley 71 de 1988. (fl. 315 a 325)

11. Mediante Resolución No 252 del 15 de junio de 2016, Fonprecon revocó la Resolución No 0114 de 29 de marzo de 2016 y declaró su falta de competencia para darle trámite a la solicitud presentada por la señora Zaida Marina Yanet Lindarte con base en los artículos 6º del Decreto 813 de 1994, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 2527 de 2000 y el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994. Así las cosas, sustentó su decisión aduciendo que:

*“Según lo anterior (hace referencia a los artículos 7º y 10 del Decreto 2709 de 1994 reglamentario de la Ley 71 de 1988), la calidad de entidad reconocedora corresponde a la última en la que se hubiesen hecho las cotizaciones con la condición de que se hubieran cotizado mínimo seis (6) años continuos o discontinuos en la misma entidad. Por ahora, es preciso establecer que si bien la última entidad a la que la recurrente efectuó sus cotizaciones fue Fonprecon, no se acreditó el cumplimiento de tiempo mínimo de cotización de seis años, pues en esta entidad solo cotizó ciento cuarenta y cuatro (144) semanas, esto es, que lejos de las trescientas nueve semanas (309) que debe acreditar y que corresponden a los seis (6) años de que habla la norma” (...)*

*Con los anteriores presupuestos queda claro que la asegurada no se encontraba afiliada a Fonprecon al momento de consolidar presuntamente su status pensional llevaba más de tres (3) años son ostentar esa calidad, y que sin embargo aun cuando se entienda esta como*

la última entidad en la que la asegurada efectuó sus aportes NO CONSOLIDÓ seis (6) años de cotizaciones continuas o discontinuas. Con esto vale reiterar que el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994 no se limita a establecer que la competencia recae sobre la entidad última a la que el asegurado haya efectuado las cotizaciones sin más, por el contrario, parte integral para reputar la asunción de competencia es que además de última entidad es conditio sine qua non que haya acumulado seis (6) años de cotización continuos y discontinuos, en ausencia de los cuales la competencia para reconocer la pensión de jubilación por aportes quedará a cargo de la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor número de aportes.

*En conclusión, la peticionaria no tenía la calidad de afiliada en el momento en que presuntamente consagró su status, pero en gracia de discusión si se toma Fonprecon como la última a la que se hicieron los aportes, NO es competencia de la entidad pronunciarse de fondo sobre las pretensiones elevadas en el escrito de reposición en virtud de que no logró acreditar que hubiera realizado cotizaciones equivalentes a seis (6) años en el Fondo". (Fls 361ª 368)*

12. En escrito dirigido a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 23 de junio de 2016, el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON), luego de hacer una narración sucinta de los hechos que dieron lugar al caso *sub examine*, propuso el conflicto negativo de competencias administrativas, con base en el artículo 39 del CPACA y, originado entre la Alcaldía Municipal de Cúcuta, Norte de Santander, Colpensiones y Fonprecon, dentro del trámite de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte. (fls 373 a 375).

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Asimismo, los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437. Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon) y a la Alcaldía Municipal de Cúcuta, Norte de Santander.

Ahora bien, el Consejero Ponente mediante auto del 16 de agosto de 2016, ofició a la Alcaldía Municipal de Cúcuta y a Colpensiones para que allegaran información necesaria para resolver el conflicto de competencias. Sin perjuicio de lo anterior, mediante auto del 30 de septiembre de 2016, el Consejero Ponente, nuevamente, ofició a la Alcaldía de San José de Cúcuta –Norte de Santander–, a la Gobernación de Norte de Santander y al Fondo Territorial de Pensiones de Norte de Santander con el fin de complementar la información necesaria para resolver el conflicto de competencias administrativas de la referencia.

### III. Argumentos de las partes

#### 1. Argumentos expuestos por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon)

Mediante escrito del 11 de julio de 2016, el doctor Andrés Felipe López González, apoderado de Fonprecon, reiteró lo señalado en el escrito presentado a esta Sala el pasado 23 de junio de 2016, a través del cual formularon el conflicto de competencias administrativas. Así las cosas, luego de hacer un juicioso análisis sobre la normativa aplicable al caso objeto de estudio y de los pronunciamientos que sobre el particular ha realizado esta Sala, insistieron en su incompetencia para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte pues, a su juicio, en aplicación del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, las entidades llamadas a responder por la solicitud presentada son la Alcaldía Municipal de Cúcuta o Colpensiones, comoquiera que la señora Yanet Lindarte no cotizó los seis años exigidos por la normativa a Fonprecon. De esta manera, entonces, instó a esta Sala a darle solución al conflicto presentado, manifestado:

*“Los tiempos de servicio que prestó la peticionaria según información obrante en las certificaciones expedidas por cada una de las entidades son las siguientes: (...) Encontramos allí a FONPRECON con una densidad de cotizaciones muy inferior a la que exige la norma, por esto, es evidente que NO es la entidad que representó (sic) la que debe hacer las veces de reconecedor y pagador de la prestación de jubilación de la señora **ZAIDA MARINA YANET LINDARTE**.*

*Es tan claro que NO es la competencia de Fonprecon que la propia Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) en sus actos administrativos admitió la falta de competencia de Fonprecon para definir la situación prestacional de la señora **YANET LINDARTE**.*

*Por lo anterior, según los argumentos antes expuestos y con base en los pronunciamientos que con justa razón y amparados en su actuación por las disposiciones legales ha desplegado la entidad que representó (sic) le solicito al Honorable Magistrado declarar que Fonprecon no es la entidad competente para decidir la solicitud prestacional elevada por la señora **ZAIDA MARINA YANET LINDARTE** y en su lugar según el esquema de tiempos de cotización y lo previsto por el Decreto 2709 de 1994 en su artículo 10 se declare que la competencia le asiste bien a Colpensiones o a la Alcaldía de San José de Cúcuta”. (fls. 380 a 383).*

### IV. Consideraciones

#### 1. Competencia

##### a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Así pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado tiene establecidas dentro de sus funciones la de decidir sobre los conflictos que se presenten entre dos entidades para conocer y definir un determinado asunto de naturaleza administrativa, cuando al menos una de ellas sea de carácter nacional.

Como se evidencia en los antecedentes en el presente asunto: (i) el conflicto de competencias involucra a una autoridad del orden nacional, Colpensiones, una autoridad del orden territorial, la Alcaldía de Cúcuta y un fondo especial; el Fondo de Previsión Social del Congreso (Fonprecon) (ii) el asunto discutido es de naturaleza administrativa y (iii) versa sobre un punto particular y concreto, que consiste en determinar la autoridad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Zaida Marina Yanet Lindarte.

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

## **b. Términos legales**

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*<sup>1</sup>. El artículo

<sup>1</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: “Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de

21 *ibidem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que “[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remititorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente”. Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

## 2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 2. Problema jurídico

En el presente conflicto de competencias administrativas, Colpensiones (antes ISS) considera que carece de competencia para resolver la solicitud pensional de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, porque de acuerdo con la historia laboral y los certificados de información y, en aplicación del artículo 6º del Decreto 813 de 1994 y del artículo 10

---

los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.



del Decreto 2709 de 1994, a la entidad a la cual efectuó el mayor número de cotizaciones fue a la Caja de Previsión Social de Cúcuta, no obstante no haber sido esta la última a la cual estuvo afiliada. Por su parte, la Alcaldía de Cúcuta señaló no ser, tampoco, la competente para proceder a realizar el estudio sobre el reconocimiento y pago de la pensión de la señora Yanet Lindarte argumentando que, a partir del 30 de junio de 1995, la Caja de Previsión Social de Cúcuta solo es responsable como pagador de las pensiones de quienes eran afiliados o servidores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo que procedió a darle traslado al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon).

Fonprecon, a su turno, igualmente, declaró su incompetencia para adelantar el trámite solicitado por la señora Yanet Lindarte pues a su juicio, en aplicación del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, las entidades llamadas a responder por la solicitud presentada son la Alcaldía Municipal de Cúcuta o Colpensiones, comoquiera que la señora Yanet Lindarte no cotizó los seis años exigidos por la normativa a Fonprecon.

Siendo este el estado actual de cosas, la Sala debe decidir cuál entidad debe atender la solicitud pensional de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, quien realizó cotizaciones desde el año de 1982 a la Caja de Previsión Social de Cúcuta, luego a Cajanal, el ISS –hoy Colpensiones- y, por último a Fonprecon.

De esta manera entonces, para resolver el conflicto, la Sala reiterará sus pronunciamientos sobre: (i) la Liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y distribución de Competencias de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); (ii) la liquidación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) (iii) el Instituto de Seguros Sociales (ISS) hoy (Colpensiones) y las cajas, fondos o entidades de previsión social como administradores del régimen de prima media con prestación definida; (iv) la liquidación de la Caja de Previsión Social de Cúcuta y sus sustitución por el Fondo Municipal de Pensiones; y, por último, (v) se analizará el caso concreto.

### **3. Análisis del conflicto planteado**

#### **a) Liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y distribución de Competencias de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).**

La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) fue creada por la Ley 6ª de 1945<sup>2</sup>, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a cuyo cargo se encomendó el reconocimiento y pago de las prestaciones de “*los empleados y obreros nacionales de carácter permanente*”<sup>3</sup>.

Esta entidad fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado mediante la

2 Ley 6ª de 1945 (febrero 19) “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

3 Ley 6ª de 1945. Artículo 17.

Ley 490 de 1998<sup>4</sup>, y en materia pensional, se le encomendó continuar “...con las funciones de trámite y reconocimiento de pensiones, así como con el recaudo de las cotizaciones en los términos establecidos por la ley...”. (Artículo 4º, ibídem).

Sin embargo, dado que las evaluaciones de la gestión administrativa de esta entidad, evidenciaron que no había logrado superar los problemas estructurales que afectaban la prestación eficaz y eficiente del servicio público de la seguridad social en pensiones, y que generaban contingencias fiscales para la Nación, el Gobierno nacional ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE), mediante el Decreto 2196 de 2009<sup>5</sup>, por lo que la entidad cesó sus funciones a partir del 12 de junio de 2009 (fecha de entrada en vigencia del Decreto en mención) y su liquidación concluyó el 12 de junio de 2013<sup>6</sup>. No obstante el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 2196 de 2009 dispuso:

*“En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente decreto de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal EICE en Liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por la Ley 1151 de 2007”.* (Resalta la Sala)

Por su parte el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009 estableció:

*“La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social (ISS)...”.*

Se tiene entonces, que Cajanal EICE en liquidación debió continuar con los trámites de reconocimiento de pensiones causadas o que se causaran antes del 12 de julio de 2009, fecha para la cual se estableció el vencimiento del término previsto por el artículo 4º del citado Decreto 2196 para el traslado de los afiliados de la Caja al ISS. Dicha obligación del proceso liquidatorio concluiría cuando la UGPP asumiera esa función.

4 Ley 490 de 1998 (diciembre 30) “Por la cual se transforma la Caja Nacional de Previsión Social de Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado y se dictan otras disposiciones”.

5 Decreto 2196 de 2009 (junio 12) “Por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE), se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”. *“Artículo 1º. Supresión y liquidación. Suprimase la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE), creada por la Ley 6ª de 1945 y transformada en empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, mediante la Ley 490 de 1998, vinculada al Ministerio de la Protección Social. Para todos los efectos utilizará la denominación “Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en Liquidación. En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, dicha entidad entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, que podrá ser prorrogado por el Gobierno nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado”.*

6 Resolución 4911 de 2013 (junio 11), “por medio de la cual se declara terminado el proceso de liquidación de Cajanal EICE en liquidación.” *Artículo 1º. “Declarar la terminación del proceso de liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación a partir de las cero horas del día 12 de junio de 2013”.*

Ahora bien, la UGPP se creó mediante la Ley 1151 de 2007<sup>7</sup> “*Plan Nacional de Desarrollo (2006-2010)*” en cuyo artículo 156 dispuso que la misma nacería a la vida jurídica como una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, para “... i) *El reconocimiento de derechos pensionales... causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación...*”; lo que significó, que parte de los asuntos que habían sido encomendados a Cajanal pasaron a estar a cargo de la UGPP.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, el Gobierno nacional expidió el Decreto Ley 169 de 2008<sup>8</sup>, el cual estableció en su artículo 1º como función de la UGPP, la siguiente:

*“(...) El reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como el de aquellos servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras. De igual manera, le corresponderá la administración de los derechos y prestaciones que reconocieron las mencionadas administradoras y los que reconozca la Unidad en virtud de este numeral”.* (Resalta la Sala).

Se tiene entonces que con base en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la UGPP es la entidad competente para reconocer:

(i) los derechos pensionales “causados” antes de la cesación de actividades de las administradoras exclusivas de servidores públicos,

(ii) los derechos de los servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio y, sin cumplir la edad, se desafiliaron del régimen de Prima Media con Prestación Definida, antes de la cesación de actividades de la respectiva administradora.

El Decreto 575 de 2013<sup>9</sup> sobre estructura y funciones de la UGPP, en el artículo 2º reiteró:

**“Objeto.** *En los términos establecidos por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o*

7 Ley 1151 de 2007 (julio 24), “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

8 Decreto 169 de 2008 (enero 23), “por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social”.

9 Decreto 575 de 2013 (marzo 22), “por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se determinan las funciones de sus dependencias”.

de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando. (...)

**b) La liquidación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).**

El artículo 8º de la Ley 90 de 1946<sup>10</sup> creó el Instituto de Seguros Sociales:

*“ARTÍCULO 8º. Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá”.*

La Ley 100 de 1993<sup>11</sup> por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 52 estableció la competencia general del ISS para el reconocimiento de las pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Adicional a lo anterior, la Ley 100 adoptó medidas tendientes a extinguir en el tiempo las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público, nacional y territorial, para lo cual previó que, mientras subsistieran, continuarían administrando el régimen en mención *“respecto de sus afiliados”*.

El artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, creó la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), como *“Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional”* y ordenó al Gobierno *“... la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere...”*. El Gobierno mediante Decreto 2011 de 2012<sup>12</sup> reglamentó la entrada en vigencia de Colpensiones de la siguiente manera:

*“Artículo 1º. Inicio de Operaciones. A partir de la fecha de publicación del presente decreto, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) inicia operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.*

*“Artículo 2º. Continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Afiliados y Pensionados en Colpensiones. Los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), mantendrán su condición en la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), así como los derechos y obligaciones que tienen en el mismo régimen, sin que ello implique una selección o traslado de régimen del Sistema General de Pensiones”.*

*“Artículo 3º. Operaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:*

*1. Resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo aquellas*

10 Ley 90 de 1946 (diciembre 26). *Diario Oficial* N° 26.322, del 7 de enero de 1947. *“Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.*

11 Ley 100 de 1993 (diciembre 23) *“por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”.*

12 Decreto 2011 de 2012 (Septiembre 28). *“por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y se dictan otras disposiciones”.*

*que habiendo sido presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales (ISS), o la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), no se hubieren resuelto a la entrada en vigencia del presente decreto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 5° del mismo. (...)*

Así las cosas, las funciones que le correspondieron al Instituto de Seguros Sociales (ISS) incluidas las de reconocimiento de los derechos pensionales de sus afiliados, fueron reasignadas a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) a partir del 28 de septiembre de 2012.

### **c. El Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy, (Colpensiones) y las cajas, fondos o entidades de previsión social como administradores del régimen de prima media con prestación definida**

Como previamente se indicó, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 estableció que el ISS sería el administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas solo cumplirían dicha función únicamente respecto de sus afiliados mientras dichas entidades subsistieran:

*“Artículo 52. Entidades Administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.*

*Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y **mientras dichas entidades subsistan**, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley. (Se resalta)*

*Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria”.*

La regla anterior se reiteró en el Decreto 692 de 1999, que en su artículo 34 señaló que el régimen de solidaridad de prima media con prestación definida sería administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas, fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 mientras subsistieran, pero estas últimas solo en relación con las personas que a 31 de marzo de 1994 fueren sus afiliados, no pudiendo, en consecuencia, recibir nuevos cotizantes a partir de dicha fecha:

*“Artículo 34. Entidades administradoras del régimen de prima media. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas, fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994, mientras subsistan. En todo caso, las entidades diferentes del ISS, solo podrán administrar el régimen respecto de las personas que a 31 de marzo de 1994 fueren sus afiliados, no pudiendo en consecuencia recibir nuevos afiliados a partir de dicha fecha.*

*Las cajas o entidades que administren pensiones del nivel departamental, municipal o distrital, podrán continuar afiliando trabajadores de estos niveles territoriales del sector público, hasta el momento que señale el respectivo alcalde o gobernador, sin que exceda del*

30 de junio de 1995, fecha a partir de la cual, se registrarán por lo dispuesto en el inciso 1º de este artículo”.

Como se observa (segundo inciso), respecto de las cajas o entidades de administración de pensiones del nivel departamental, municipal o distrital la posibilidad de tener nuevos afiliados se extendió hasta el momento que lo señalara el respectivo alcalde o gobernador sin exceder del 30 de junio de 1995. En ese sentido, la posibilidad de reconocer pensiones quedó limitada por el hecho de que en adelante el sistema de prima media con prestación definida quedaba a cargo, principalmente del ISS.

Dado entonces que el ISS sería el administrador general del régimen de prima media con prestación definida y que las cajas o fondos públicos (nacionales o territoriales) solo cumplirían dicha labor respecto de sus afiliados y mientras subsistieran, el Decreto 813 de 1994 estableció las reglas de competencia para resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, así:

*“Artículo 6º. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos, Trátese de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

- a) *Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 o más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez **a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado**, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.*

*Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:*

- i) *Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.*
  - ii) ***Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.***
  - iii) *Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1º de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.*
- b) *Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente **o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado**, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno nacional”.* (se resalta)

Conforme a lo anterior, las cajas y fondos de previsión solo quedaron con la competencia para pensionar a los afiliados que al 1º de abril de 1994 tenían más de 15 años de servicio al Estado o más de 35 o 40 años de edad, según se tratara de mujeres o de hombres, respectivamente, claro está *siempre que no fueran objeto de liquidación*.

Por ello, como lo señala la segunda parte de la norma trascrita, el ISS adquirió la competencia para pensionar a los afiliados de las *cajas y fondo de previsión respecto de las cuales se ordenara su liquidación (literal a-ii)*, evento en el cual surge el derecho a obtener un bono pensional en los términos en que se haya fijado por el Gobierno nacional.

Nótese que esta responsabilidad que se le entregó al ISS (reconocer las pensiones de afiliados a cajas o fondos liquidados) no quedó atada a periodos previos de cotización o al traslado de aportes, sino que quedó establecida de manera directa como parte de la transformación legal del sistema que buscaba un solo administrador del régimen de prima media y la lenta extinción de otro tipo de fondos públicos que habían venido cumpliendo esa labor. Lo anterior claro está, sin perjuicio de la posibilidad del ISS de exigir la expedición del correspondiente bono pensional para financiar el pago de las pensiones que pasaran a estar a su cargo. En este sentido, el Decreto Reglamentario 1068 de 1995 que más adelante se revisa, obliga a las cajas o fondos de pensiones liquidadas a entregar a los fondos de pensiones territoriales la historia laboral de los antiguos afiliados para garantizar la expedición de los respectivos bonos pensionales:

*“Artículo 26º. Historias laborales. Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes, y las entidades territoriales que tengan a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, deberán disponer de la información correspondiente a la historia laboral actualizada de sus afiliados o vinculados a más tardar en la fecha de sustitución, para efectos de la emisión de los bonos pensiones”.*

Precisamente, el Decreto Extraordinario 1296 de 1994, en concordancia con el artículo 151 de la Ley 100, autorizó la creación –a más tardar el 30 de junio de 1995– de los Fondos de Pensiones Territoriales, encargados de sustituir el pago de las pensiones de las entidades territoriales, cajas o fondos pensionales públicos insolventes en los respectivos niveles territoriales:

*“Artículo 1º. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer el régimen general de los fondos departamentales, distritales o municipales de pensiones públicas, **que sustituyan el pago de pensiones de las entidades territoriales**, cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales previstos insolventes, en los respectivos niveles territoriales”.* (Se resalta).

Establecidos como cuentas especiales, sin personería jurídica dichos fondos debían estar adscritos a la respectiva entidad territorial o a la entidad que así se dispusiera, y sus recursos se administrarían mediante encargo fiduciario. En cuanto a sus funciones. El artículo 4º señaló lo siguiente:

*“Artículo 4º. Funciones. Los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas tendrán las siguientes funciones en la respectiva entidad territorial:*

*Sustituir el pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, a cargo de las cajas o fondos pensionales públicos, y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales.*

*Sustituir a las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes pertenecientes a la entidad territorial, en lo relacionado con el pago de pensiones de aquellas personas que han cumplido el tiempo de servicio pero no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, una vez se reconozcan, siempre y cuando no se encuentren afiliados a ninguna otra administración del régimen de pensiones de cualquier orden.*

*Sustituir a las entidades territoriales, establecimientos públicos, y empresas industriales y comerciales pertenecientes a la entidad territorial, **que tengan a su cargo el pago directo de pensiones**, cuando ello se decida.*

*Tomar las medidas necesarias para que se dé el cabal cumplimiento a la mesada pensional adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.*

*Llevar los registros contables y estadísticos necesarios, garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia pensional deba atender el respectivo fondo.*

*Velar para que todas las entidades sustituidas el pago de pensiones cumplan oportunamente con las transferencias de las sumas correspondientes a cada entidad por concepto de los pasivos pensionales.*

*Liquidar y surtir en los pagos de los bonos pensiones de que trata el artículo 123 de la Ley 100 de 1993, los cuales estarán a cargo de la respectiva entidad y de las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos a quienes sustituya, cuando en el fondo se constituya en los términos del inciso 1º del artículo 3º del presente decreto.*

**Parágrafo.-** *En el acto en que se ordene la organización o constitución de cada Fondo de Pensiones Territoriales, **se podrá establecer su capacidad para asumir el reconocimiento de pensiones que venían efectuando las entidades a quienes sustituya**.*

Como se observa, los Fondos de Pensiones Territoriales fueron encargados principalmente de sustituir a los fondos y cajas de previsión insolventes en el pago de las pensiones que estaban a su cargo (numerales 1, 2 y 3); solo excepcionalmente conservaban competencia para reconocer nuevas prestaciones si así lo determinaba el acto de creación. Dicho de otro modo, tales fondos son en esencia simples sustitutos de pago y de ahí su naturaleza de fondos cuenta sin personería jurídica.

Así en concordancia con lo anterior, el artículo 6º del mismo Decreto 1296 de 1994 estableció lo siguiente sobre la necesidad de liquidar las cajas o fondos insolventes y sobre la forma en que procedería la sustitución de las prestaciones a su cargo por los fondos de pensiones territoriales:



*“Artículo 6º. Procedimiento para la sustitución pensional por parte de los fondos de Pensiones Territoriales. Los fondos de pensiones territoriales asumirán el pago de pensiones de las cajas o fondos pensionales o públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales, mediante el siguiente procedimiento:*

*Las autoridades territoriales evaluarán la solvencia de las Cajas o Fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos. Establecido que la respectiva entidad no es solvente, determinarán la sustitución del pago de las pensiones por parte de los Fondos y la fecha en que esta se producirá.*

*Los entes territoriales definirán el término en que las entidades sustituidas que actualmente tienen a su cargo pensiones, podrán continuar pagándolas. A partir de la fecha fijada en cada caso, que no podrá ser posterior al 30 de junio de 1995, los Fondos asumirán el pago de las pensiones reconocidas a cargo de la entidad”.*

Respecto de los demás afiliados a las Cajas o Fondos Liquidados (aquellos cuyas pensiones no estaban reconocidas y por tanto no asumía el fondo territorial) se dispuso su traslado al ISS en la medida que escogieran el régimen de prima media con prestación definida:

*“Artículo 11. Transición de las pensiones. Los afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión sustituidas por los Fondos de Pensiones Territoriales serán trasladados al Instituto de Seguros Sociales, en caso de que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida. Al ISS le corresponderá el reconocimiento y pago de la pensión, una vez le sea entregado el respectivo bono pensional”.*

En síntesis, salvo que el fondo de pensiones territoriales hubiera recibido en el acto de creación la competencia expresa de reconocer directamente pensiones de antiguos afiliados a las cajas o fondos que sustituyen, no se habría variado hasta aquí la regla establecida en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 antes citado, respecto a la competencia del ISS para el reconocimiento de las pensiones de los afiliados a las cajas o fondos o entidades de previsión liquidadas.

Posteriormente, el Decreto 1068 de 1995, reglamentario del Decreto Extraordinario 1296 de 1994 previamente analizado, reitera que el Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del orden departamental, distrital y municipal entraría a regir el 30 de junio de 1995, salvo que la entrada en vigencia del sistema no hubiera sido decretada con anterioridad por el respectivo Gobernador o Alcalde; también señala que los servidores públicos territoriales debían seleccionar entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de los fondos privados de pensiones.

Además el mismo decreto aclara que (i) los servidores públicos territoriales afiliados al ISS podían continuar vinculados a él sin necesidad de diligencias o formatos adicionales; (ii) los servidores públicos territoriales afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada solvente, podían continuar vinculados a dicha institución mientras no se ordenara su liquidación y (iii) los servidores públicos territoriales

afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada insolvente podían continuar vinculados a dicha institución *pero solo hasta la fecha prevista para el respectivo corte de cuenta.*

Por tanto, los afiliados no pensionados de cajas insolventes tenían una fecha límite de vinculación con tales cajas, luego de lo cual, según lo visto, entraban a operar las competencias del ISS como administrador general del Sistema de Prima Media con Prestación Definida.

Ahora bien, sobre la creación y funciones de los fondos de pensiones territoriales, el artículo 11 dispuso lo siguiente:

*“Artículo 11. Constitución de los fondos de pensiones territoriales. Los fondos de pensiones territoriales cuya creación fue autorizada mediante Decreto 1296 de 22 de junio de 1994, deberán constituirse a más tardar el 30 de junio de 1995, mediante acto administrativo expedido por el gobernador o alcalde.*

*En el acto administrativo de creación del fondo departamental, distrital o municipal de pensiones, el respectivo gobernador o alcalde determinará el órgano de administración, sus funciones y reglamento.*

*Corresponde a la Asamblea Departamental, o al Concejo Municipal o Distrital, según sea el caso, aprobar la inclusión, en el respectivo presupuesto anual, de los recursos del fondo de que trata el artículo 5º del Decreto 1296 de 1994.*

*Esta autorización deberá realizarse con anterioridad a la fecha en que se determine la sustitución por el fondo de pensiones territorial, del pago de las pensiones a cargo de las cajas o fondos de previsión social declaradas insolventes o de las entidades territoriales o descentralizadas del orden territorial.*

*La sustitución de que trata este artículo deberá efectuarse a más tardar el 2 de enero de 1996”.*

Por su parte el artículo 13 del mismo Decreto 1068 de 1995 dispone la sustitución por parte de los Fondos Territoriales de Pensiones en el pago de las pensiones (no en el reconocimiento de prestaciones causadas) a cargo de *las cajas o fondos territoriales insolventes:*

*“Artículo 13. Sustitución en el pago de pensiones. El pago de las pensiones a cargo de las cajas, fondos, entidades de previsión social del sector público, del nivel territorial declaradas insolventes y de los entes territoriales, será asumido por el respectivo fondo de pensiones territorial”.*

Se reitera por tanto que los Fondos de Pensiones Territoriales asumieron en lo esencial el pago de las pensiones ya reconocidas por las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes, pero no recibieron automáticamente funciones de reconocimiento de pensiones de personas que si bien estaban afiliadas a los respectivos fondos aún no habían causado el respectivo derecho,

para esto era necesario, que así se dispusiera en el acto de creación del respectivo fondo de pensiones territoriales.

Por su parte, las cajas declaradas solventes siguieron administrando el régimen de prima media con prestación definida de sus afiliados, tanto en lo relativo al reconocimiento de la prestación, como a su pago, pero solo mientras dichas entidades subsistan.

Finalmente debe citarse el Decreto 2527 de 2000, según el cual las cajas, fondos o entidades públicas encargadas del reconocimiento o pago de pensiones, continuarían reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan pero solo respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y exclusivamente en los siguientes casos para los servidores públicos del orden territorial:

*“2. Cuando los empleados públicos y los trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en la entidad territorial del domicilio de la Caja, Fondo o Entidad Pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra Administradora del Régimen de Prima Media.*

*3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, Caja o Fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al Sistema General de Pensiones”*

Esta disposición, establecería la competencia para reconocer la pensión del solicitante a cargo de la Caja de Previsión Social de Cúcuta, pues la anterior disposición se refiere a las entidades de previsión que en su momento superaron el examen de solvencia ordenado en la ley, lo que le permitió a dicha entidad conservar su existencia y mantener su competencia para reconocer las pensiones de sus afiliados.

De esta manera, el Decreto 2527 de 2000 contempló que las Cajas que reconocieran y pagaran pensiones, continuarían reconociéndolas y pagándolas respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y hubieren para esa fecha cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estuviesen o no afiliados al Sistema General de Pensiones, siempre y cuando las cajas o fondos subsistieran.

#### **d. La liquidación de la Caja de Previsión Social de Cúcuta y su sustitución por el Fondo Municipal de Pensiones**

Mediante Decreto N° 0453 del 28 de junio de 1995, el alcalde de la época de San José de Cúcuta, en uso de las facultades legales otorgadas por el artículo 6° del Decreto 1296 de 1994<sup>13</sup> y el artículo 17<sup>14</sup> del Decreto 1068 de 1995, luego de evidenciar que de acuerdo con los

13 “Por el cual se establece el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas”.

14 “Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial, y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial”.

crITERIOS de solvencia, la Caja de Previsión Social de Cúcuta no cumplía con las condiciones que establecía el Decreto 1068 de 1995, la Ley 100 de 1993 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decidió declarar su insolvencia para administrar, reconocer y otorgar pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sustitutivas de conformidad con el Sistema General de Seguridad Social vigente a partir del 30 de junio de 1995 y, en su lugar dispuso su sustitución por el Fondo de Pensiones Públicas de San José de Cúcuta.

Como consecuencia de lo anterior, mediante Decreto 454 del 29 de junio de 1995, se creó el Fondo Municipal de Pensiones de San José de Cúcuta a cuyo cargo se estableció la sustitución en el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez o jubilación, así como también de pensiones de sustitución o sobrevivientes de los afiliados que hubiesen obtenido la causación de su derecho con antelación a la fecha de creación del mismo. De igual forma, se dispuso que sustituiría a la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta en lo relacionado con el reconocimiento y pago de pensiones de aquellas personas que hubiesen cumplido el tiempo de servicio pero que no hubieran llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, siempre que no se encontraran afiliados a ninguna otra administradora del régimen de pensiones de cualquier orden.

En este orden de ideas, en el mismo decreto se determinó como requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez el haber cumplido la edad de 55 años si es mujer o 60 años si es hombre y haber acumulado un tiempo de servicio de 20 años continuos o discontinuos con antelación al 30 de junio de 1995. Así pues, señaló que quienes con anterioridad a la fecha indicada cumplieren con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a las normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrían el derecho a que se les reconociera y liquidara la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron con tales requisitos.

De esta manera, entonces es claro que el Fondo Municipal de Pensiones de San José de Cúcuta tiene la competencia para reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores afiliados a la Caja de Previsión Municipal de Cúcuta que para el 30 de junio de 1995 hubiesen cumplido la edad de 55 años si es mujer y 60 años si es hombre y, además, acreditaran para ese momento 20 años continuos o discontinuos de servicio.

## 5. El caso concreto

De acuerdo con la información que reposa en el expediente, se tiene que la señora Zaida

**Artículo 17<sup>º</sup>.** - *Criterios de solvencia.* Para determinar la solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial, el gobernador o alcalde deberá tener en cuenta que ellas estén en capacidad de cumplir, cuando menos, con las siguientes condiciones:

1. Manejar las inversiones del fondo de pensiones con criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez de conformidad con los artículos 54 y 101 de la Ley 100 de 1993.
2. Llevar un sistema de contabilidad, cuentas, inversiones y reservas separadas del resto de sus negocios, con sujeción a las disposiciones que, con carácter general, imparta la Superintendencia Bancaria.
3. Actualizar la totalidad de la historia laboral de los afiliados sobre el derecho que les pueda asistir.
4. Reconocer y pagar las prestaciones económicas a su cargo, dentro de los términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.
5. Acreditar la existencia de las reservas suficientes para atender el pago de las mesadas pensionales por los próximos cinco (5) años y el incremento futuro de las reservas para el pago de las que se encuentren en trámite de reconocimiento.
6. Cumplir con el régimen de información financiera de conformidad con lo establecido en los artículos 95, 96 y 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
7. Contar con mecanismos adecuados para detectar en cualquier momento la mora o el incumplimiento en el pago de las cotizaciones, y para adelantar los cobros pertinentes.
8. Contar con los mecanismos adecuados para atender oportunamente las consultas y quejas que les sean presentadas.
9. Emitir los bonos pensionales a que hubiere lugar, de conformidad con los reglamentos vigentes<sup>7</sup>.

Marina Yanet Lindarte, identificada con la cédula de ciudadanía No 37.244.129 de Cúcuta, nació el 31 de enero de 1958 y su historial laboral es el siguiente (fls 21 a 367):

EMPLEADOR	TIEMPO DE VINCULACIÓN		DÍAS COTIZADOS	CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE APORTÓ
	DESDE	HASTA		
Hospital Regional Centro	01/07/1982	10/01/1983	193	Cajanal
Alcaldía de Cúcuta	05/01/1983	16/06/1986	1258	Caja de Previsión Social Municipal
Asamblea Departamental	01/10/1986	30/09/1988	730	Caja Departamental de Previsión
Ministerio de Transporte	01/01/1988	04/07/1988	185	Cajanal
Ministerio de Transporte	18/08/1988	03/05/1989	258	Cajanal
Alcaldía de Cúcuta	03/10/1988	09/11/1994	2228	Caja de Previsión Social Municipal
Independiente	10/06/1994	31/12/1994	204	ISS
Seguro Social (empleada)	01/10/1995	28/02/1997	516	ISS
Compañía privada de Infraestructura	01/05/2004	03/12/2004	216	ISS
Compañía privada de Carlos García	01/01/2005	30/04/2007	849	ISS
Cámara de Representantes	3/05/2007	30/09/2007	1173	Colpensiones
Cámara de Representantes	1/10/2007	19/07/2010		Fonprecon
Total días trabajados	7617			
Equivalente en años	21 años y 15 días			

Así las cosas, conforme al historial laboral aportado al proceso, la Sala infiere que:

1) La señora Zaida Marina Yanet Lindarte, eventualmente, sería beneficiaria del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>15</sup>, conforme al cual todos aquellos trabajadores que a la entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones (abril 1º de 1994 a nivel nacional y junio 30 de 1995 a nivel territorial) que tuvieran 35 años o más de edad si son mujeres o 40 años o más si son hombres o acreditaran 15 años o más de servicios, adquirirían su derecho pensional conforme al régimen anterior al cual venían efectuando sus aportes. De esta manera entonces, comoquiera que la señora Yanet Lindarte para el 30 de junio de 1995 contaba con 37 años de edad, sería eventualmente beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

15 **ARTÍCULO 36.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000. Régimen de transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

2) Como beneficiaria del régimen de transición, y en atención a que la señora Yanet Lindarte cotizó tanto al sector privado como al público el régimen aplicable al caso concreto es el establecido en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, modificado por el Decreto 2709 de 1994, que introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la denominada pensión de jubilación por aportes permitiendo que las personas que hubieren tenido vínculos laborales con el sector privado y el público y que por tanto hubiesen efectuado aportes a las entidades de previsión social del sector público y al Instituto de Seguros Sociales, acumularan dichas cotizaciones para completar los veinte (20) años de aportes exigidos por los respectivos regímenes pensionales.

Ciertamente, el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, modificado por el artículo 1º del Decreto 2709 de 1994, dispuso:

*“Artículo 1º. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*

*Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.*

Al respecto, y en relación con la pensión de jubilación por aportes, esta Sala de Consulta en decisión del 10 de octubre de 2016, sostuvo:

*“en síntesis, quien reúne el requisito de tiempo con aportes y cotizaciones a fondos públicos y al ISS, derivados de vínculos laborales con empleadores públicos y privados, respectivamente, tiene derecho a la pensión por aportes y su reconocimiento está a cargo de la última entidad de previsión a la que estuvo afiliado, siempre que el tiempo de vinculación haya sido de seis años como mínimo, continuos o discontinuos. De lo contrario, el reconocimiento y pago corresponden a la entidad o fondo al cual se haya hecho la mayor aportación”.*

Ahora bien, el mismo Decreto estableció en su artículo 10 que:

*“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.*

*Parágrafo. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995”.*

Como consecuencia de lo anterior, cuando quiera que se esté frente a un caso en que el trabajador haya laborado en el sector público y privado y sea necesario sumar los tiempos cotizados en entidades de previsión social del sector público y en el Instituto de Seguros

Sociales para obtener el total de 20 años de servicios, la entidad pagadora será la última entidad a la que se hayan efectuado los aportes siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo haya sido mínimo de 6 años. En caso contrario, será responsable de reconocer y pagar la pensión de jubilación la entidad en la cual haya efectuado el mayor número de aportes.

3) Así las cosas, teniendo en cuenta la trayectoria laboral de la peticionaria, la Sala evidencia que la última entidad a la cual la señora Zaida Marina Yanet Lindarte hizo sus aportes para el riesgo de pensión fue a la Cámara de Representantes por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2007 al 19 de julio de 2010, para un total de 3 años y 7 meses. En este sentido, y en aplicación del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon) no podría ser el llamado a estudiar la petición del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación solicitada, comoquiera que no cumple con el requisito de los 6 años continuos o discontinuos exigidos por el precepto normativo para determinar la competencia de la entidad de previsión pagadora.

4) Que en vista de lo anterior, la Sala constata que a la entidad a la que la señora Zaida Marina Yanet Lindarte efectuó el mayor número de aportes fue a la Caja de Previsión Social de Cúcuta toda vez que laboró para la Alcaldía de esa ciudad por el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 1988 y el 9 de noviembre de 1994, equivalente a 2228 días. Sin embargo, conforme se comprueba de la información anexada al expediente por la Alcaldía de Cúcuta, la Caja de Previsión Social fue liquidada mediante Decreto No 453 del 28 de junio de 1995 y, en consecuencia, ordenó la creación del Fondo Municipal de Pensiones de San José de Cúcuta mediante Decreto N° 454 del 29 de junio del mismo año.

Ahora, si bien es cierto que al Fondo Municipal de Pensiones de San José de Cúcuta expresamente le fueron conferidas las funciones de sustituir en el “reconocimiento” y “pago” de las pensiones de jubilación de los afiliados a la extinta Caja que hubieren causado su derecho con anterioridad al 30 de junio de 1995 y de sustituir en el pago las pensiones de los afiliados que ya hubiesen obtenido el reconocimiento de su derecho, también lo es que en dichas hipótesis no encuadra la situación jurídica de la señora Zaida Marina Yanet Lindarte comoquiera que para el 30 de junio de 1995, ella no había consolidado su derecho toda vez que para la época contaba con 37 años de edad y había laborado 13 años<sup>16</sup>.

5) Así pues, siendo que el Fondo Municipal de Pensiones de San José tampoco es la entidad competente para darle el trámite de conocimiento a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora Yanet Lindarte por las razones expuestas, la Sala concluye que en aplicación del numeral segundo del literal a) del artículo 6<sup>o</sup><sup>17</sup> del Decreto 813 de

<sup>16</sup> La señora Zaida Marina Yanet Lindarte aparentemente consolidó el derecho a la pensión el 31 de enero de 2013.

<sup>17</sup> **ARTÍCULO 6º. TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE VEJEZ O JUBILACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS.** *Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

*a) Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.*

*Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:*

*i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.*

1994<sup>18</sup>, según el cual le corresponde al ISS, hoy Colpensiones, reconocer y pagar la pensión de jubilación de los servidores públicos cuando quiera que se hubiere ordenado la liquidación de la respectiva Caja, la entidad competente para darle trámite a la solicitud pensional de la peticionaria es Colpensiones, por las siguientes razones:

- a) La señora Zaida Marina Yanet Lindarte si bien efectuó sus últimos aportes a Fonprecon también lo es que lo hizo por menos de 6 años.
- b) La Caja de Previsión Social de Cúcuta, entidad a la que la peticionaria efectuó el mayor número de cotizaciones a lo largo de su vida laboral, fue liquidada mediante Decreto N° 453 del 28 de junio de 1995.
- c) Al Fondo Municipal de Pensiones de San José (entidad que sustituyó la Caja de Previsión Social de Cúcuta) se le otorgó la función de reconocer y pagar las pensiones de jubilación de los afiliados de la extinta Caja, pero solo si el derecho se hubiese causado al 30 de junio de 1995; requisito que no cumplió la peticionaria para aquella época.
- d) Que es claro el numeral segundo del literal a) del artículo 6° del Decreto 813 de 1994 al radicar la competencia en el ISS, hoy Colpensiones, para reconocer y pagar las pensiones de los servidores públicos cuando quiera que la Caja de Previsión Social a la que se encontraban afiliados hubiese sido liquidada.

Por las razones expuestas, la Sala considera que es Colpensiones la competente para dar trámite a la solicitud presentada por la señora Zaida Marina Yanet Lindarte para obtener el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación por, aparentemente, haber cumplido los requisitos para acceder a ello.

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

### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Zaida Marina Yanet Lindarte, identificada con la cédula de ciudadanía No 37.244.129 de Cúcuta.

**SEGUNDO:** Remitir el expediente de la referencia a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

**TERCERO:** Comunicar la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), a la

*iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1° de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.*

*b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno nacional.*

18 Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



Alcaldía de Cúcuta, a la Gobernación de Norte de Santander y a la señora Zaida Marina Yanet Lindarte.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 11. Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Administrativa de Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección (UGPP).

**Asunto: Pago de intereses de mora generados por el reajuste de una pensión de jubilación**

**Radicado 2016-00118**

Fecha: 14/12/2016

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011, procede a estudiar el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

### I. Antecedentes

Los antecedentes del presente conflicto de competencias se sintetizan en la siguiente forma:

1. Mediante Resolución No 11721 del 12 de octubre de 1995 Cajanal reconoció pensión de jubilación a la señora Ligia Camargo de Cerón en cuantía de \$158.064, la cual se haría efectiva a partir del 1º de enero de 1995 y condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio oficial. Mediante Resolución 17052 del 19 de diciembre de 1996, reliquidó la pensión por retiro definitivo del servicio e incrementó la mesada a \$ 203.136 a partir del 27 de julio de 1995.

2. La señora Camargo de Cerón presentó recurso de apelación en contra de la resolución que reliquidó su pensión. Dicho recurso se resolvió mediante la Resolución 4567 del 6 de agosto de 2003 en la que se declaró la producción del silencio administrativo negativo y se confirmó el acto ficto o presunto.

3. En sentencia de 4 de septiembre de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda –Subsección A– resolvió declarar la nulidad de la Resolución 4567 del 6 de agosto de 2003 y ordenó a Cajanal “...reliquidar la mesada pensional de la señora Camargo de Cerón con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios y respecto de los cuales se efectuaron los respectivos aportes, pagar las respectivas diferencias, reconocer los ajustes anuales de pensión indexar las sumas y dar cumplimiento al artículo 176 y 177 del CCA”.

4. En cumplimiento del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Cajanal EICE en liquidación, hoy liquidada, dictó la Resolución PAP 037993 del 7 de febrero de 2011 a través de la cual resolvió:

*“... reliquidar por nuevos factores salariales la pensión de jubilación de la señora Ligia Camargo de Cerón elevando la cuantía de la misma a la suma de (\$ 235.323.28) efectiva a partir del 27 de julio de 1995 pero con efectos fiscales a partir del 28 de mayo por prescripción trienal.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Efectuar por el área de nómina las operaciones aritméticas a que haya lugar en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 177 y 178 del CCA y liquidar las diferencias que resulten entre las Resoluciones 11721 del 12 de octubre de 1995 y la 17052 del 17 de noviembre de 1996 y lo ordenado por el fallo al cual se da cumplimiento en esta resolución, teniendo especial cuidado en deducir las sumas canceladas por vía ejecutiva y/o administrativa.*

*Que como consecuencia de lo anterior el pago establecido en el artículo 177 del CCA, estará a cargo de Cajanal EICE en liquidación, y los contemplados en el artículo 178 del CCA estarán a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional Fopep...”.*

5. Mediante Resolución UGM 0278557 del 19 de enero de 2012, Cajanal modificó la Resolución 37993 del 7 de febrero de 2011 en el sentido de establecer que los efectos fiscales de la prestación liquidada eran a partir del 20 de septiembre de 1999 y no el 28 de mayo de 2006 como señalaba el acto administrativo objeto de modificación (folio 17 al 19).

6. El 6 de octubre de 2015 la señora Ligia Camargo de Cerón solicitó a la UGPP el pago de los intereses previstos en el artículo 177 del CCA, de conformidad con lo dispuesto en el fallo del 7 de febrero de 2011.

7. Mediante Auto ADP 014422 de 5 de noviembre de 2015 la UGPP decidió enviar la solicitud de la señora Camargo de Cerón al Patrimonio Autónomo de Contingencias no Misionales de Cajanal EICE en liquidación, por considerar que, de acuerdo con lo decidido por esta Sala al resolver un conflicto de competencias administrativas similar<sup>1</sup>, la regla de competencia del pago de intereses del artículo 177 del CCA se basa en los siguientes principios:

*“a) Las competencias de reconocimiento pensional para dar cumplimiento a los fallos y*

*b) El cumplimiento de los fallos no se debe escindir ni fraccionar, sino deben cumplirse de manera completa” (folio 2).*

8. El 11 de diciembre de 2015 el Patrimonio Autónomo de Contingencias No Misionales de Cajanal EICE en liquidación manifestó no ser competente para resolver la mencionada solicitud, toda vez que al consultar y verificar la documentación e información transferida por la extinta Cajanal E.I.C.E., al Ministerio de Salud y Protección Social, se pudo observar que la solicitante *“Registra reclamación oportuna 19311, presentada al proceso liquidatorio de la extinta Cajanal EICE en liquidación, la cual fue objeto de rechazo por el liquidador mediante la Resolución 893 de 26 de julio de 2011 frente a la cual se interpuso recurso que fue resuelto mediante Resolución No 1682 del 28 de septiembre de 2012 que confirmó la causal de rechazo quedando el acto administrativo en firme y ejecutoriado”.*

9. El Ministerio de Salud y Protección Social manifestó no ser competente para resolver la solicitud de pago de intereses, por cuanto que en casos idénticos esta Sala se ha pronunciado y ha decidido que la autoridad competente para pronunciarse sobre estas peticiones es la UGPP (folios 37 a 47).

<sup>1</sup> La UGPP hace mención a un Conflicto de Competencias Administrativas sin especificar radicado ni fecha.

10. La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales consideró que no existe una postura unificada por parte del Consejo de Estado frente a la entidad que debe asumir la competencia sobre el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 177 CCA originados en sentencias judiciales. En consecuencia solicitó a esta Sala dirimir el presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre esa entidad y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de que se determine cuál es la autoridad competente para pronunciarse de fondo sobre la solicitud de efectuar el pago de los intereses moratorios (artículo 177 del CCA), derivados de la demora en el cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

## II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al Ministerio de Salud y Protección Social, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda– Subsección A y a la señora Ligia Camargo de Cerón, con el fin de que pudieran presentar sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente. Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto se recibieron alegaciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) (folios 38-41) y del Ministerio de Salud y Protección Social.

## III. Argumentos de las partes

### 1. De la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

La UGPP hizo el recuento normativo del proceso de liquidación de Cajanal, señaló que el mismo finalizó el 11 de junio de 2013 y que en el presente caso la ejecutoria del fallo fue el 16 de marzo de 2009, por lo que la obligación se hizo exigible antes de la liquidación de la mencionada caja.

Agregó que, tal como lo sostuvo el patrimonio autónomo en oficio de 11 de diciembre de 2015, la señora Camargo presentó al proceso liquidatario reclamación oportuna que fue rechazada mediante la Resolución 893 de 2011 y ante la cual se interpuso recurso que fue resuelto mediante Resolución 1682 de 2012 en la que se confirmó causal de rechazo por lo que el acto administrativo quedó en firme.

Sostuvo que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios de las reclamaciones presentadas a partir del 12 de junio de 2009 (fecha en la que se expidió y publicó el Decreto 2196 de 2009 *"por medio del cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE), se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se toman otras disposiciones"*) debido a que los trámites propios de los procesos liquidatarios constituyen

una fuerza mayor que le impide a la deudora pagar las sumas debidas por fuera de los plazos y etapas previstos en la ley.

Adicionalmente argumentó que de conformidad con el concepto emitido por la Contaduría General de la República No 20122000041261 de diciembre de 2012, el pago de los intereses moratorios debe ser asumido con cargo al presupuesto de la entidad pública condenada; en ese sentido, dice, la UGPP nunca fue parte ni conoció de los procesos judiciales que dieron origen a las condenas y respectivos intereses moratorios.

Adicionalmente, después de analizar algunas decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil aseveró que esta corporación no tiene un criterio unificado con respecto a la entidad que debe asumir el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 177 del CCA originados en sentencias judiciales y, agregó, que no puede la UGPP asumir una condena dentro de un proceso en el que nunca fue parte. Por tal razón considera que la autoridad competente para hacerlo es el Ministerio de Salud y Protección Social.

## **2. Del Ministerio de Salud y Protección Social.**

El Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas del Ministerio de Salud y Protección Social manifestó que el ministerio no es competente para pronunciarse sobre la petición presentada, toda vez que el liquidador de la extinta Cajanal EICE en liquidación expidió la Resolución del 7 de febrero de 2011 mediante la cual se reliquidó la pensión de la señora Ligia y la caja se declaró competente para realizar el pago de los intereses moratorios.

Solicitó tener como precedente las decisiones de esta Sala con radicados 11001-03-06-000-2014-00020-00 del 2 de octubre de 2014 y 11001-03-06-000-2015-00150-00 del 22 de octubre de 2015, en las cuales se presentaron situaciones de hecho y de derecho similares y se declaró competente a la UGPP.

Finalmente, sostuvo que los Decretos 254 de 2000, 2196 de 2009 y 4269 de 2011 no otorgan al Ministerio de Salud y Protección Social el deber de asumir, al momento del cierre liquidatorio, la función de reconocer u ordenar pagos a cargo de la EICE liquidada, al hacerlo estaría desbordando la órbita de competencias y funciones que legalmente le han sido asignadas.

## **IV. Consideraciones**

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

#### **a. Competencia de la Sala**

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, la Sala es competente para resolver los conflictos de competencias (i) que se presenten entre autoridades nacionales, o entre una autoridad de ese orden y otra del nivel territorial, o entre dos autoridades del orden territorial que no estén sometidas a la jurisdicción de un tribunal administrativo; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa; y que (iii) versen sobre un asunto particular y concreto.

Como se aprecia en los antecedentes, en el presente caso el conflicto de competencias se planteó entre dos autoridades del orden nacional, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Ministerio de Salud y Protección Social.

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto, que consiste en determinar cuál es la autoridad competente para pronunciarse de fondo sobre la solicitud de efectuar el pago de los intereses moratorios (artículo 177 del CCA), derivados de la demora en el cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Reunidos los requisitos previstos en el artículo 39 del CPACA, la Sala es competente para dirimir el conflicto.

### **b. Términos legales.**

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo ordena:

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

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos

de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 *ibidem*.

La interpretación armónica de los artículos 2º y 34º del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzaran a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

## 12. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

---

2 Ley 1437 de 2011, artículo 2º. *“Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este código. / Artículo 34: “Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte del código”.*

### 13. Problema jurídico.

En el presente asunto corresponde a la Sala definir cuál es la autoridad competente para para pronunciarse de fondo sobre la solicitud de pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 177 del CCA, derivados de la demora en el cumplimiento de la sentencia del 4 de septiembre de 2008, dictada por la Sección Segunda –Subsección A– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Para tal efecto, la Sala considera necesario analizar los siguientes puntos: (i) los intereses moratorios establecidos en el artículo 177 del Código Contencioso-Administrativo; (ii) la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); y (iii) el contrato de fiducia mercantil 14 de 2013. Objeto del patrimonio autónomo “Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales” -. Con base en lo anterior resolverá el conflicto planteado.

### 14. Análisis del caso planteado.

#### 4.1. Los intereses moratorios establecidos en el artículo 177 del Código Contencioso-Administrativo.

El punto central del presente conflicto de competencias radica en definir cuál es la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 177 del Código Contencioso-Administrativo, Decreto Ley 01 de 1984, por el cumplimiento tardío de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda– Subsección A en contra de la Caja Nacional de Previsión Social. Sobre el particular el mencionado artículo disponía:

“Artículo 177. Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial, o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del Ministerio Público frente a la entidad condenada.

*El agente del Ministerio Público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.*

*El Congreso, las Asambleas, los Concejos, el Contralor General de la República, los contralores departamentales, municipales y distritales, el Consejo de Estado y los Tribunales Contencioso-Administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender el pago de todas las condenas que haya relacionado el Ministerio Público.*

*Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el*



resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria<sup>3</sup>.

**Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales [durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria] y moratorios [después de este término].**

(Inciso 6º adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 60.) *Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma<sup>4</sup>.*

(Inciso 7º adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 60.) *En asuntos de carácter laboral, cuando se condene a un reintegro y dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo* (Negrillas de la Sala).

Es preciso recordar que respecto del inciso quinto del citado artículo, las expresiones “durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria” y “después de este término”, que se encuentran en negrillas y entre corchetes, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-188 del 24 de marzo de 1999, en la cual manifestó:

“(…) En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso-Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago –evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales–, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria”.

Según la doctrina de la Sala<sup>5</sup>, que ahora se reitera, los intereses moratorios surgen del cumplimiento tardío de la condena fijada por la sentencia<sup>6</sup>, razón por la cual son accesorios al capital, que constituye el objeto de la obligación principal, y, por lo tanto, son inseparables de este, conforme al conocido aforismo de que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”.

3 La expresión “dieciocho (18) meses” del inciso cuarto del artículo 177 del CCA fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-555 del 2 de diciembre de 1993.

4 La Corte Constitucional, en la sentencia C-428 del 29 de mayo de 2002, declaró exequible el adicionado inciso 6º del artículo 177 del CCA.

5 Conflicto 11001-03-06-000-2014-00020-00 del 2 de octubre de 2014.

6 Respecto del pago de los intereses moratorios, la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de abril de 2011, dictada dentro del proceso radicado con el N° 11001-03-26-000-2011-00060-00 (N° interno 42126), sostuvo lo siguiente: “(…) la orden de pagar intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera no constituye un asunto ajeno a la controversia ni está por fuera del pronunciamiento de los árbitros ni de su competencia, dado que es aplicación de la ley en materia de pago de obligaciones dinerarias contenidas en condenas judiciales. (...) recuérdese que las expresiones del inciso quinto del artículo 177 del Código Contencioso-Administrativo, que establecían un trato diferente para las entidades estatales en el pago de sus condenas del que se aplica según las reglas generales a los particulares, fueron declaradas inexecutable, como consecuencia de lo cual en adelante sean entidades públicas o sean particulares, todos deben someterse a las mismas reglas generales (artículos 1608 y 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, entre otras), esto es, pagar intereses cuando no se cumpla oportunamente con lo dispuesto por la sentencia judicial condenatoria (o por un laudo arbitral). (...) Las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias emitidas por esta jurisdicción devengarán intereses a partir de la ejecutoria de la providencia, norma por supuesto aplicable a los laudos proferidos por los jueces arbitrales cuando conocen de asuntos que se ventilan en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo por virtud de un pacto arbitral”.

## 4.2. Liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y distribución de competencias de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) fue creada por la Ley 6ª de 1945<sup>7</sup>, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a cuyo cargo se encomendó el reconocimiento y pago de las prestaciones de “*los empleados y obreros nacionales de carácter permanente*”<sup>8</sup>.

Esta entidad fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado mediante la Ley 490 de 1998<sup>9</sup>, y en materia pensional, se le encomendó continuar “...*con las funciones de trámite y reconocimiento de pensiones, así como con el recaudo de las cotizaciones en los términos establecidos por la ley...*” (Artículo 4º, *ibídem*).

Sin embargo, dado que las evaluaciones de la gestión administrativa de esta entidad evidenciaron que no había logrado superar los problemas estructurales que afectaban la prestación eficaz y eficiente del servicio público de la seguridad social en pensiones, y que generaban contingencias fiscales para la Nación, el Gobierno nacional ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE), mediante el Decreto 2196 de 2009<sup>10</sup>, por lo que la entidad cesó sus funciones a partir del 12 de junio de 2009 (fecha de entrada en vigencia del decreto en mención), no obstante lo cual en el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 2196 de 2009 se dispuso que el proceso liquidatorio continuaría a cargo de la administración de las pensiones causadas antes de la supresión:

*“En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente decreto de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal EICE en Liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por la Ley 1151 de 2007”.* (Resalta la Sala)

Por su parte el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009 estableció:

*“La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del*

7 Ley 6ª de 1945 (febrero 19) “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

8 Ley 6ª de 1945. Artículo 17.

9 Ley 490 de 1998 (diciembre 30) “por la cual se transforma la Caja Nacional de Previsión Social de Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado y se dictan otras disposiciones”.

10 Decreto 2196 de 2009 (junio 12) “por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal, EICE) se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”. “Artículo 1º. Supresión y liquidación. Suprimase la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) creada por la Ley 6ª de 1945 y transformada en empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, mediante la Ley 490 de 1998, vinculada al Ministerio de la Protección Social. Para todos los efectos utilizará la denominación “Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) en liquidación. En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, dicha entidad entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, que podrá ser prorrogado por el Gobierno nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado”.

*mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social (ISS)...”*

De este modo Cajanal, EICE, en liquidación conservó competencia para todo lo relativo al reconocimiento de las pensiones causadas antes de su liquidación y el ISS (hoy Colpensiones), respecto de las causadas con posterioridad.

Ahora bien, la UGPP se creó en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007<sup>11</sup>, aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo (2006-2010), como una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, para “... i) **El reconocimiento de derechos pensionales... causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación...** Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como **la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003...**” (Artículo 156, numeral 1º). (Resalta la Sala).

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 en cita, fue expedido el Decreto Ley 169 de 2008<sup>12</sup> que dispuso como función de la UGPP:

*“(...) El reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como el de aquellos servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado o desafiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin cumplir el requisito de edad señalado, con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras. De igual manera, **le corresponderá la administración de los derechos y prestaciones que reconocieron las mencionadas administradoras y los que reconozca la Unidad en virtud de este numeral**”.* (Resalta la Sala).

El Decreto 575 de 2013<sup>13</sup> sobre estructura y funciones de la UGPP, en el artículo 2º, reiteró:

**“Objeto.** En los términos establecidos por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) **tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando. (...)**”

11 Ley 1151 de 2007 (julio 24), “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

12 Decreto 169 de 2008 (enero 23), “por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social”.

13 Decreto 575 de 2013 (marzo 22), por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se determinan las funciones de sus dependencias”.

Asimismo, la Sala recuerda que, mediante el Decreto 4269 de 2011, se distribuyeron unas competencias entre Cajanal en liquidación y a la UGPP y que, precisamente, el artículo 1º del citado decreto<sup>14</sup> dispuso:

*“Artículo 1º. Distribución de competencias. La ejecución de los procesos misionales de carácter pensional y demás actividades afines que se indican a continuación, será ejercida por la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en los siguientes términos:*

*1. Atención de solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas.*

*Estarán a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), las solicitudes de reconocimientos de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.*

*A cargo de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en liquidación estarán las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2011.*

*2. Atención del proceso de administración de la nómina de pensionados.*

*La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) será la entidad responsable de la administración de la nómina a partir del mes de diciembre de 2011, incluido el reporte de las novedades que se generen al Administrador Fiduciario del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep). Para efectos de la incorporación de las novedades de nómina originadas en la atención de las solicitudes que están a cargo de Cajanal EICE en liquidación, esta entidad deberá hacer entrega a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) de la información completa y necesaria para que se pueda efectuar dicha inclusión.*

*3. Proceso de Atención al Pensionado, Usuarios y Peticionarios.*

*A partir del 8 de noviembre de 2011, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) asumirá integralmente el proceso de atención a los pensionados, usuarios y peticionarios, así como la radicación de los documentos, independientemente de que los servicios requeridos se deriven de solicitudes que deban ser tramitadas por Cajanal EICE en Liquidación, de acuerdo con la distribución de competencias establecidas en el numeral 1º del presente artículo.*

*Parágrafo: En aquellos casos en que en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) se presente una solicitud prestacional que deba ser resuelta en forma integral con una solicitud de una prestación diferente que esté pendiente de resolver y que sea competencia de Cajanal EICE*

<sup>14</sup> “por el cual se distribuyeron unas competencias en materia de reconocimiento de derechos pensionales”

**en Liquidación, de acuerdo con lo definido en el numeral 1º del presente artículo, la UGPP será la entidad competente para resolver ambas solicitudes”.** (Se resalta).

En cuanto a lo relacionado específicamente con la actividad judicial, la Sala ha señalado que el sucesor procesal de la extinta Cajanal, para efectos relacionados con las pensiones y otras prestaciones que estaban a cargo de dicha entidad, es la UGPP la que está llamada a asumir los procesos judiciales que fueron adelantados contra la desaparecida caja de previsión, tal como lo dispuso el artículo 22 del Decreto 2196 de 2009, modificado por el artículo 2º del Decreto 2040 de 2011, que estipuló:

*“Artículo 22. Inventario de procesos judiciales y reclamaciones de carácter laboral y contractual. El Liquidador de la entidad deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la entidad...”*

**Los procesos judiciales y demás reclamaciones que estén en trámite al cierre de la liquidación que se ordena en el presente decreto, respecto de las funciones que asumirá la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), estarán a cargo de esta entidad. Los demás procesos administrativos estarán a cargo del Ministerio de la Protección Social.**

*Parágrafo 1º. El archivo de procesos y de reclamaciones terminados y sus soportes correspondientes será entregado al Ministerio del Interior y de Justicia debidamente inventariado con una técnica reconocida para tal fin, conjuntamente con una base de datos que permita la identificación adecuada.*

*Parágrafo 2º. Con el propósito de garantizar la adecuada defensa del Estado, el Liquidador de la entidad, como representante legal de la misma, continuará atendiendo, dentro del proceso de liquidación y **hasta tanto sean entregados a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) o al Ministerio de la Protección Social, según corresponda**, conforme a lo previsto en el presente decreto, los procesos judiciales inventariados y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término.*

*Parágrafo 3º. Los contratos vigentes al adoptarse la orden de disolución y liquidación, que tengan por objeto la defensa judicial de la entidad intervenida, se podrán continuar ejecutando y se pagarán con cargo a los gastos de administración de la liquidación.*

*Parágrafo 4o. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público transferirá **al Ministerio de la Protección Social y a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), los recursos necesarios para cumplir a cabalidad la función prevista en el inciso segundo del presente artículo.**”* (Negrillas de la Sala).

Nótese que el parágrafo 2º, en concordancia con el segundo inciso de la norma citada, ordenó que los procesos y **reclamaciones** en trámite, relacionados con las competencias asignadas por la ley a la UGPP, debieron ser atendidos por el Liquidador de Cajanal hasta el

momento en que fueran entregados a dicha unidad, al cierre de la liquidación. De ahí en adelante, tales asuntos debían ser asumidos por la UGPP, con los recursos que para dicho efecto debe transferirle la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público (parágrafo 4º íbidem).

Se recuerda que mediante del Decreto 877 de 30 de abril de 2013, se prorrogó el plazo dispuesto para la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social, establecido en el artículo 1º del Decreto 2196 de 2009, hasta el 11 de junio de 2013.

En conclusión, a la UGPP le corresponde asumir íntegramente las competencias que antes eran de Cajanal EICE en materia pensional (con excepción de la administración de afiliados y el recaudo de las cotizaciones respectivas después del 1º de julio de 2009, actividad que fue trasferida al Instituto de Seguros Sociales y que actualmente corresponde a Colpensiones), y debe sustituirla sustancial y procesalmente en tales asuntos.

### **4.3. El contrato de fiducia mercantil 14 de 2013. Objeto del patrimonio autónomo “Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales” – Reiteración.**

*La Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contrato de la referencia, para concluir que su objeto se restringe exclusivamente a las actividades, operaciones y actos jurídicos que fueron estipulados expresamente en el mismo. Al respecto, dijo textualmente:*

*“Ahora bien, el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, conforme a la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil No. 14 del 16 de mayo de 2013, limitaba su objeto a:*

*“(…)[L]a constitución de un Patrimonio Autónomo **integrado con los activos monetarios y contingentes relacionados en documento anexo al presente contrato**, que bajo la administración y vocería de la Fiduciaria (i) ejerza la debida representación y defensa de los intereses de Cajanal EICE en Liquidación en cada uno de los procesos judiciales que se entregan en virtud del presente contrato, (ii) sirva de fuente de pago de los créditos contingentes correspondientes a procesos judiciales, (iii) sirva de fuente de pago de los gastos por honorarios profesionales de los abogados externos y gastos judiciales y (iv) realice la entrega de los remanentes, siempre y cuando subsistan, al Fopep” . (Resalta la Sala).*

Asimismo, conforme al parágrafo quinto de la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil N°. 14, se estipuló que bajo ninguna circunstancia la Fiduciaria o el fideicomiso serán considerados sucesores o sustitutos procesales o subrogatorios por pasiva de la entidad liquidada.

*En consecuencia, el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales debe ser descartado para asumir la competencia en el asunto, pues su capacidad legal se restringe exclusivamente al objeto y finalidad establecidos en el contrato de fiducia. Es decir, solo procedería el pago por dicho Patrimonio, si el señor...*

*hubiera sido un acreedor reconocido dentro del proceso de calificación y graduación de acreencias, situación que no se verificó en este asunto.*

*De igual forma, observa la Sala que el Minsalud no tiene competencia sobre las responsabilidades que generan el cobro exigido por el jubilado, pues como rector del Sistema General de Protección Social<sup>15</sup>, no es administrador de los temas pensionales o de la nómina de pensionados de la extinta Cajanal<sup>16</sup>.*

## **15. El caso concreto.**

La sección Segunda –Subsección A– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 4 de septiembre de 2008 resolvió:

*“Primero: DECRÉTASE la nulidad de la Resolución 4567 de 6 de agosto de 2003*

*Segundo: ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social, reliquidar la pensión de Jubilación de la señora LIGIA CAMARGO DE CERÓN, identificada con la cédula de ciudadanía 20.181.129 de Bogotá, con el 75% del promedio de los factores de salarios devengados en el último año de servicios y respecto de los cuales se efectuaron los respectivos aportes.*

*Tercero: PÁGUENSE las diferencias que resulten de la orden dada en el numeral anterior.*

*Cuarto: RECONÓZCANSE sobre esas diferencias los ajustes anuales de pensión, de conformidad a lo ordenado en la Ley 100 de 1993.*

*Quinto: INDÉXANSE las sumas que deban reconocerse y pagarse de conformidad a lo ordenado en esta providencia.*

*Sexto: DÉSE cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del CCA.*

*Séptimo: No hay lugar a condena en costas.*

*Octavo: ORDÉNESE el archivo del expediente, una vez ejecutoriada la presente providencia”.*

Como se puede observar, la sentencia no fijó un plazo para efectuar el pago, pero sí señaló que se debía cumplir dentro de los términos y forma establecidos por los artículos 176 del Código Contencioso-Administrativo, motivo por el cual se generaron intereses moratorios desde su ejecutoria, la cual ocurrió el 16 de marzo de 2009.

En el presente caso, la Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución PAP 037993 de 7 de febrero de 2011 asumió la obligación de dar cumplimiento a la sentencia y resolvió que los intereses moratorios contemplados en el artículo 177 estarían a cargo de Cajanal EICE en Liquidación.

<sup>15</sup> “[13] Cfr. artículo 1º del Decreto 4107 de 2011 “por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social”.

<sup>16</sup> Sala de Consulta, conflicto 11001-03-06-000-2015-00150-00, decisión del 22 de octubre de 2015.

Es necesario mencionar que, si bien es cierto que en la sentencia no se mencionó dicha norma (artículo 177 CCA), también lo es que los intereses se causaban, en las condiciones señaladas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-188 de 1999 que sobre el particular señaló:

*“(...) En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso-Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago –evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales–, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria (...)”.*

Esta Sala ya se pronunció en un caso similar mediante la decisión de 10 de octubre de 2016<sup>17</sup> en la que sostuvo que los intereses de mora son accesorios a la obligación principal. En aquella oportunidad se dispuso:

*“En efecto, los intereses moratorios surgen del cumplimiento tardío de la condena fijada en la sentencia, razón por la cual son accesorios a la obligación principal. En consecuencia, las mismas razones que llevaron al Liquidador de Cajanal a cumplir parcialmente la referida sentencia, en cuanto al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión y el retroactivo resultante, se aplicaban al pago de los intereses moratorios causados por el cumplimiento tardío de las obligaciones dinerarias principales impuestas en la providencia judicial, razón por la cual han debido ser pagadas en su momento y de manera integral por Cajanal en Liquidación.*

Como se constató en los antecedentes, el señor Patiño Moscoso solicitó a Cajanal en Liquidación el cumplimiento de la sentencia del 13 de junio de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, debiéndose entender que tal solicitud se refería al cumplimiento de la sentencia en su totalidad, lo cual incluía el pago de los intereses moratorios, en virtud de lo dispuesto el artículo 177 del CCA”.

Así las cosas, en el caso objeto de estudio se puede evidenciar que así como el liquidador de Cajanal reconoció y pagó la reliquidación de la pensión, también debió hacerlo con respecto de los intereses moratorios, por tratarse de una obligación accesoria de la principal.

En efecto, la Resolución PAP del 7 de febrero de 2011, mediante la cual Cajanal en liquidación da cumplimiento de forma parcial al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Dar cumplimiento a un fallo de nulidad y restablecimiento del derecho proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección A de fecha 4 de septiembre de 2008 y en consecuencia reliquidar por nuevos factores salariales la pensión de jubilación de la señora Ligia Camargo de Cerón, elevando la cuantía de la misma a la suma de (\$235.323.28) DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON 28/100 M/CTE...*

17 Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto Rad. 11001-03-06-000-2016-00123, decisión del 10 de octubre de 2016.



*ARTÍCULO SEGUNDO: Efectuar por el área de nómina las operaciones aritméticas a que haya lugar en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 177 y 178 del CCA y liquidar las diferencias que resulten entre las Resoluciones N° 11721 del 12 de octubre de 1995 y la 17052 del 19 de diciembre de 1996 y lo ordenado por el fallo al cual se da cumplimiento en esta resolución, teniendo especial cuidado en deducir las sumas canceladas por vía ejecutiva y/o administrativa.*

*Que como consecuencia de lo anterior el pago establecido en el artículo 177 del CCA, estará a cargo de Cajanal EICE en liquidación y los contemplados en el artículo 178 del CCA, estará a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep) (...).*

Si bien es cierto que la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se profirió contra Cajanal y su cumplimiento fue asumido por dicha entidad dentro del trámite de su liquidación, también lo es que Cajanal no pagó los intereses moratorios y es imposible que lo haga en la actualidad, toda vez que no existe. En ese orden de ideas y en atención a que la UGPP asumió las competencias misionales que antes le correspondían a Cajanal en lo que respecta al reconocimiento de pensiones y otros derechos de la misma índole, también en relación con la administración de la nómina de pensionados de la extinta Cajanal, lo cual incluye las reliquidaciones y pagos adicionales o accesorios a que haya lugar, así como el manejo de las reclamaciones y los procesos judiciales relacionados con otros asuntos “misionales”, la Sala reitera que la UGPP es la entidad que debe tramitar y resolver la solicitud de la señora Ligia Camargo de Cerón en relación con el pago de los mencionados intereses moratorios.

Finalmente, con respecto a lo manifestado por la UGPP en lo referente a que la Sala de Consulta y Servicio Civil no tiene una posición unificada sobre la entidad competente para reconocer y pagar los intereses moratorios causados por el cumplimiento tardío de sentencias dictadas contra Cajanal, la Sala pone de presente que en la precitada decisión del 10 de octubre de 2016 ya resolvió esa misma objeción a través de la revisión de los conflictos que han recaído sobre el mismo problema jurídico, la cual demuestra un criterio unificado en aquellos casos que presentan situaciones de hecho y de derecho similares a la presente y en los que se ha declarado competente a la UGPP:

- *“ (...) En decisión del 2 de octubre de 2014 (radicado 2014-00020), que correspondió a una situación similar a la que se presenta en el caso que nos ocupa, se declaró competente a la UGPP, basándose en el principio de inescindibilidad del fallo y en el hecho de que la UGPP había dictado un acto administrativo para cumplir la sentencia.*
- *En decisión del 19 de agosto de 2015 (radicado 2015-00066), se resolvió un caso sustancialmente similar al que nos ocupa, en el que Cajanal en Liquidación, por intermedio del fideicomiso “Buen Futuro”, había expedido un acto administrativo para dar cumplimiento a la sentencia, pero no efectuó el pago de los intereses moratorios. El solicitante reclamó los intereses dentro del proceso liquidatorio, pero la reclamación fue rechazada. En la decisión correspondiente, la Sala asignó la competencia a la UGPP.*

- *En decisión del 19 de agosto de 2015 (radicado 2015-00069), el conflicto se refirió al pago de **costas judiciales** impuestas en una sentencia que ordenó al entonces **Ministerio de Trabajo y Protección Social –Grupo Interno de Trabajo del Pasivo Pensional de Colpuertos–** reconocer una sustitución pensional y pagar las respectivas mesadas. La Sala argumentó que la autoridad competente para el efecto era ese **ministerio**, porque la sentencia quedó ejecutoriada antes de producirse el traslado de las funciones pensionales de ese ministerio (por conducto del citado grupo de trabajo) a la UGPP.*
- *En decisión del 22 de octubre de 2015 (radicado 2015-00150), se estudió otro caso sustancialmente similar al presente, en el cual Cajanal en liquidación expidió el acto administrativo para cumplir el fallo judicial pero no pagó los intereses. Esta obligación fue reclamada por el solicitante dentro del proceso de liquidación de Cajanal, que los rechazó porque, al parecer, la sentencia no se encontraba en firme ni el proceso terminado. En la decisión correspondiente se hizo un análisis cuidadoso de la liquidación de Cajanal y de las facultades legales de la UGPP, y con base en ello, se declaró competente a la UGPP.*
- *En decisión del 8 de junio de 2016 (radicado 2016-00054), se resolvió otro caso similar, en que el peticionario reclamó el pago de una sentencia a Cajanal en liquidación. Esta ordenó el pago mediante una resolución, pero no lo efectuó, en lo relacionado con los intereses moratorios. El solicitante presentó reclamación, pero esta fue rechazada por el liquidador. La Sala determinó que sí había conflicto de competencias administrativas, reiteró el principio de indivisibilidad del fallo, ratificó la transferencia de funciones a la UGPP en relación con los asuntos misionales de la extinta Cajanal, y asignó la competencia para resolver la petición a la UGPP.*
- *Finalmente, en otra decisión del 8 de junio de 2016 (radicado N° 2016-00029), la Sala resolvió un caso referente al pago de una sentencia dictada contra Cajanal en liquidación en un proceso de reparación directa que no estaba relacionado directamente con uno pensional. Allí no se perseguía el pago de los intereses moratorios sino de toda la sentencia. El solicitante presentó la reclamación en la liquidación de Cajanal, pero le fue rechazada por considerarla extemporánea. La Sala decidió que la UGPP no era competente, porque esta solamente asumió las funciones que en materia pensional y en otros asuntos prestacionales estaban a cargo de Cajanal, pero no en otras materias. También explicó por qué no era competente en ese caso el Ministerio de Salud y Protección Social, y finalmente declaró competente para responder de fondo la solicitud del interesado a Fiduagraria S.A., como vocera de los patrimonios autónomos de Cajanal en liquidación, dado que, entre otras razones, dicha sociedad había anunciado una respuesta definitiva y de fondo al peticionario, con base en lo estipulado en los respectivos contratos de fiducia mercantil y sus anexos, la cual, hasta esa fecha, no se había dado.*

*Como puede observarse, en los casos en que las situaciones de hecho fueron similares, las decisiones de la Sala han sido uniformes y consistentes en el sentido de declarar competente a la UGPP para pagar los intereses de mora generados por el cumplimiento tardío de sentencias dictadas en contra de Cajanal (o Cajanal en liquidación). En aquellos otros eventos en que la competencia fue asignada a otra entidad (en uno de los casos al entonces Ministerio de Trabajo y Protección Social y en el otro a Fiduagraria S.A.), puede verse sin ninguna dificultad que los hechos eran claramente diferentes, estaban sujetos a normas especiales o presentaban otro tipo de particularidades o circunstancias especiales que obligaban a la Sala a tomar tales decisiones (...).”*

De las decisiones transcritas se puede observar que se declaró competente a la UGPP, bajo dos argumentos principales: el primero de ellos la indivisibilidad de las respectivas sentencias que debían ser cumplidas en su momento por Cajanal (antes o durante su liquidación), y el segundo se refiere a la asignación efectuada por la ley y el Gobierno nacional a la UGPP de las funciones sustanciales y procesales que correspondían a esa entidad en materia pensional y en otros asuntos prestacionales.

Concluye la Sala que ambos argumentos están íntimamente ligados, pues lo que significa la indivisibilidad de la sentencia en estos casos concretos, no es que los intereses moratorios deban ser pagados por exactamente la misma entidad contra la cual se dictó el fallo, pues dicha entidad, es decir Cajanal, no existe. Lo que significa el referido principio es que los mencionados intereses deben ser reconocidos y pagados por la entidad que **actualmente tiene a su cargo el cumplimiento integral de la sentencia**, que de acuerdo con el estudio jurídico realizado es la UGPP.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud presentada por la señora Ligia Camargo de Cerón referente al pago de los intereses moratorios ocasionados por el cumplimiento tardío de la sentencia dictada por la Sección Segunda –Subsección A– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de septiembre de 2008.

**SEGUNDO:** Enviar el expediente de esta actuación a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para lo de su competencia.

**TERCERO:** Comunicar esta decisión a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al Ministerio de Salud y Protección Social, al Presidente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la señora Ligia Camargo de Cerón.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 12. Gobernación del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

**Asunto: Régimen de transición en pensiones. Requisitos para el reconocimiento de pensión por aportes, Ley 71 de 1988. Competencia para reconocer pensiones de las cajas y fondos de previsión territoriales y creación de los Fondos Territoriales de Pensiones. Competencia de Colpensiones en los casos de liquidación de cajas o fondos territoriales.**

**Radicado 2016-00126**

Fecha: 26/10/2016

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

### I. Antecedentes

De acuerdo con la información que reposa en el expediente, los antecedentes del presente conflicto de competencias son los siguientes:

1. El señor Jorge Cárdenas Pedraza nació el 13 de enero de 1948 de conformidad con la cédula de ciudadanía N° 5.943.867, expedida en Líbano (Tolima). Actualmente cuenta con 68 años de edad (folio 49).

2. De conformidad con las historias laborales allegadas a la Sala por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones y Colpensiones (folios 77 a 80 y 113 a 115), los tiempos de servicio cotizados por el señor Cárdenas Pedraza, son los siguientes:

- **A la Caja de Previsión Social del Tolima:**

ENTIDAD EN LA QUE PRESTÓ EL SERVICIO	TIEMPO DE VINCULACIÓN		DÍAS COTIZADOS	CAJA, FONDO O ENTIDAD QUE RESPONDE POR EL PERIODO
	DESDE	HASTA		
Gobernación departamental del Tolima	26/08/1977	23/12/1993	5.963	Caja de Previsión Social del Tolima

- **Al Instituto de Seguros Sociales (hoy, Colpensiones<sup>1</sup>):**

<sup>1</sup> El Decreto 2012 de 2013 en su artículo 1º, dispuso la supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales y a su vez el Decreto 2011 de 2012 estableció en su artículo 1º que a partir del 28 de septiembre de dicha anualidad, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) iniciaba su funcionamiento como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

ENTIDAD EN LA QUE PRESTÓ EL SERVICIO	TIEMPO DE VINCULACIÓN		DÍAS COTIZADOS	CAJA, FONDO O ENTIDAD QUE RESPONDE POR EL PERIODO
	DESDE	HASTA		
Alcaldía municipal de Ibagué	01/05/1997	31/05/1997	30	ISS
Alcaldía municipal de Ibagué	01/06/1997	31/12/1997	213	ISS
Alcaldía municipal de Ibagué	01/01/1998	28/02/1998	58	ISS
Alcaldía municipal de Ibagué	01/03/1998	31/03/1998	30	ISS
Tesorería municipal de Ibagué	01/04/1998	31/12/1998	274	ISS
Tesorería municipal de Ibagué	01/01/1999	30/04/1999	119	ISS
Aportes como independiente	01/07/2007	30/09/2007	91	ISS
Aportes como independiente	01/11/2007	31/12/2007	60	ISS
Aportes como independiente	01/01/2008	31/01/2008	30	ISS
Aportes como independiente	01/03/2008	31/03/2008	30	ISS
Aportes como independiente	01/05/2008	30/11/2008	213	ISS
Aportes como independiente	01/08/2013	31/12/2013	152	Colpensiones
Aportes como independiente	01/01/2014	31/03/2014	89	Colpensiones
Aportes como independiente	01/07/2014	31/08/2014	61	Colpensiones

Total de días trabajados	7.413
--------------------------	-------

Equivalencia en años	20,59
----------------------	-------

3. El 29 de septiembre de 2014, el señor Jorge Cárdenas Pedraza solicitó a Colpensiones mediante derecho de petición el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el cual, luego de una acción de tutela, fue respondido negativamente por considerar que esa entidad no es la competente para decidir de fondo (folios 37 a 38).

4. El 19 de octubre de 2015 el señor Cárdenas Pedraza solicitó por escrito al Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y mediante Resolución 2892 de 2015, la Gobernación del Tolima negó la solicitud por considerar que tampoco era competente para ese efecto, por no cumplirse los supuestos del Decreto 2527 de 2000 para el reconocimiento de pensiones por parte de las cajas, fondos o entidades públicas que aún subsistían después de la Ley 100 de 1993. Además, por considerar que el responsable de la pensión del solicitante es la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente (artículo 5º del Decreto 1068 de 1995), que para el caso sería Colpensiones.

5. Mediante oficio de 19 de julio del presente año, radicado en esta corporación el 26 de julio, la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima propuso ante la Sala de Consulta y Servicio Civil el presente conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre esa entidad y Colpensiones.

## **II. Actuación procesal**

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

Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación de Tolima, al doctor Eduardo Oviedo Castrillón y al señor Jorge Cárdenas Pedraza.

## **III. Argumentos de las partes**

### **1. Colpensiones**

Colpensiones no se manifestó en el curso de esta actuación ante el Consejo de Estado. Sin embargo, los argumentos de los cuales se vale para declarar su incompetencia se encuentran en la Resolución GNR 133056 del 7 de mayo de 2015. En el mencionado acto administrativo, la entidad argumentó que si bien esa había sido la última entidad a la cual cotizó el solicitante, solo lo hizo por 200 semanas, es decir, 3 años y 10 meses, por lo que no cumple con lo establecido en el Decreto 2709 de 1994 para que Colpensiones pueda considerarse competente (folios 37-38).

### **2. Departamento de Tolima–Dirección Fondo Territorial de Pensiones**

De la misma manera, esta entidad tampoco se manifestó en el curso de esta actuación ante esta corporación. No obstante, los argumentos de los cuales se vale para declarar su incompetencia se encuentran en la Resolución 2892 del 3 de diciembre de 2015, en la cual ar-

gumentó que ese Fondo no era competente, por no encontrarse dentro de los supuestos que establece el Decreto 2527 de 2000 para que las cajas, fondos o entidades públicas distintas del ISS reconozcan pensiones. Además considera que la competencia es de la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente, según el artículo 5º del Decreto 1068 de 1995 (folios 11-17).

#### **IV. Consideraciones**

##### **1. Competencia**

##### **b. Competencia de la Sala**

Puede ocurrir que dos o más autoridades se consideren competentes para conocer de un asunto de naturaleza administrativa o que, por el contrario, juzguen ser incompetentes para el efecto. Con el objeto de resolver conflictos de esta índole, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido un procedimiento específico, el cual se encuentra consagrado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), que señala:

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

En el mismo sentido, el artículo 112 de este código dispone que una de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es la siguiente:

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

De acuerdo con estas disposiciones se ha reiterado<sup>2</sup> que esta Sala es competente para resolver los conflictos de competencias (i) que se presenten entre autoridades nacionales o en que esté involucrada por lo menos una entidad de ese orden; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa; y que (iii) versen sobre un asunto particular y concreto.

Como se evidencia del análisis de los antecedentes, el presente conflicto de competencias involucra a una autoridad del orden nacional, Colpensiones, y a una autoridad del orden territorial, el Departamento del Tolima.

2 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado. 110010306000201600079-00.



Igualmente, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Jorge Cárdenas Pedraza. Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

## b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*<sup>3</sup>. El artículo 21 *ibidem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitido al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

3 La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, reemplazó el texto del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.”*

## 2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades frente a las cuales se dirige la competencia.

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos jurídicos o fácticos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 3. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar cuál es la entidad competente para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Jorge Cárdenas Pedraza, comoquiera que tanto Colpensiones como el Fondo Territorial de la Gobernación del Tolima, negaron su competencia para tramitarla.

El conflicto de competencias se presenta porque Colpensiones considera que en el presente caso se trata de una pensión por aportes y por tal razón se aplica la regla de competencia prevista en del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, según la cual, cuando la persona no ha hecho aportes por más de 6 años al último afiliador (como sucede en este caso en que los aportes al ISS son de 3 años y 9 meses aproximadamente), debe pensionarlo la entidad donde se hayan hecho la mayor cantidad de aportes o cotizaciones, es decir, la Caja de Previsión Social del Tolima.

Para el Fondo de Pensiones del Tolima, la solicitud del señor Cárdenas Pedraza no corresponde a los supuestos que el Decreto 2527 de 2000 establece para que las cajas, fondos o entidades públicas reconozcan pensiones mientras subsistan esas entidades. Además considera que la competencia recae en la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro, según el artículo 5º del Decreto 1068 de 1995.

Para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala (i) analizará la sujeción del presente caso a las normas que regulan la pensión por aportes y *la consecuente aplicación* de las reglas de competencia establecidas para este tipo de pensiones; (ii) revisará la situación de las cajas y fondos de previsión territoriales que se liquidaron por virtud de la Ley 100 de 1993 y la función que cumplen los Fondos de Pensiones Territoriales que se crearon para sustituirlas en el pago de sus obligaciones; (iii) revisará la competencia del ISS (hoy, Colpensiones) cuando se liquiden las cajas o fondos territoriales y, (iv) resolverá el caso concreto.

## 4. Análisis del conflicto planteado

### 4.1 Régimen aplicable para resolver el presente conflicto de competencias administrativas:

#### a. Aplicación del régimen de transición (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) y del Sistema de Pensión por Aportes en el caso concreto. Reiteración.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso los requisitos que debían cumplir las personas para ser beneficiarias del régimen de transición:

*“Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...).” (Resalta la Sala):*

De la norma antes transcrita se puede concluir que, para ser sujeto del régimen de transición pensional, se requería que al entrar en vigencia el Sistema el interesado debía cumplir uno de los dos requisitos allí enunciados: a) la edad, que para el caso de las mujeres, debe ser de 35 años o más y, para el de los hombres, 40 años o más; o, b) 15 años o más de tiempo de servicio cotizados.

De otra parte, debe recordarse que la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 es el 1° de abril de 1994 para el ámbito nacional y, para el territorial, el que haya determinado la autoridad gubernamental competente y a más tardar el 30 de junio de 1995<sup>4</sup>.

De conformidad con lo expuesto y de acuerdo a la historia laboral puesta de presente en los antecedentes, la Sala advierte que el señor Jorge Cárdenas Pedraza es beneficiario del régimen de transición comoquiera que cumple no solo uno, sino los dos los requisitos que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece para acceder al régimen de transición, esto es, tener 47 años a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones a nivel territorial y más de 16 años de servicio cotizados en el sector público.

Ahora bien, al resultar aplicable el régimen de transición, las personas beneficiarias con el mismo, tienen derecho a solicitar la aplicación de los regímenes anteriores a la Ley 100

<sup>4</sup> Ley 100 de 1993 “Artículo 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.”//PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental. (Resalta la Sala).

de 1993, que por regla general, son los consagrados en la Ley 33 de 1985<sup>5</sup> y 71 de 1988<sup>6</sup>, siempre que cumplan con los requisitos frente a lo dispuesto en cada uno de ellos.

Al respecto, la Sala ha manifestado en diversas oportunidades<sup>7</sup>, que la pensión por aportes (que es la que en este caso se discute) se presenta cuando para acceder a la prestación el interesado necesita sumar tiempos servidos en el sector público y en el sector privado<sup>8</sup>, con base en los cuales se hicieron aportes a entidades de previsión social exclusivas de servidores públicos y al Instituto de Seguros Sociales.

Por tanto, dado que de la historia laboral allegada a la Sala también se observa que el señor Jorge Cárdenas Pedraza requiere sumar semanas en el sector público y en el sector privado para solicitar el reconocimiento de su prestación, cabe concluir que el régimen pensional que por el beneficio de la transición le sería aplicable es, como señala Colpensiones, el de la Ley 71 de 1988 (denominada pensión por aportes) y, por contera, el Decreto 2709 de 1994<sup>9</sup> que la reglamenta y regula la distribución de competencias para tales casos, tal como pasa a revisarse.

## **b. Reglas de competencia aplicables a la Pensión por Aportes.**

El artículo 10 del Decreto 2709 de 1994 que reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, contiene las reglas de competencia aplicables cuando se suman semanas de cotización en el sector público y en el sector privado. La disposición citada señala lo siguiente:

***“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.***

***Parágrafo. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995”.*** (Resalta la Sala).

De la norma reproducida se observa, como ya ha señalado la Sala<sup>10</sup>, que la pensión por aportes sigue las siguientes reglas de competencia: 1) La entidad que la reconoce es la última a la que el solicitante efectuó los aportes –bien haya sido de manera continua o no–, bajo

5 “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

6 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

7 Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 18 de junio de 2015. Radicado 11001030600020150003100; decisión de 7 de diciembre de 2015. Radicado 11001030600020150014300; decisión de 4 de febrero de 2016. Radicado. 1100103600020150017700; decisión de 18 de julio de 2016. Radicado. 11001030600020160004000.

8 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 4 de febrero de 2016. Radicado 1100103600020150017700. En igual sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-045 de 2016 señaló: “En síntesis, la pensión de jubilación por aportes permite la acumulación de tiempos de servicio y/o cotizados al sector público y privado (...)”. (Subraya la Sala).

9 “Artículo 1º. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes./Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

10 En igual sentido revisar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflictos de competencias administrativas, radicados: 2015-00079, 2015-0117, 2015-0177, 2016-0034, 2016-0007, 2015-0034, 2016-0004000, entre otros.

la condición de que ese tiempo de aportación haya sido por lo menos de seis (6) años y, 2) Si el supuesto anterior no se cumple, la pensión se reconocerá por la entidad a la que el solicitante haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

Aplicadas estas reglas al asunto analizado se podría concluir inicialmente (aunque esta solución cambiará enseguida, tal como se revisará) que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) no es el competente para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional, toda vez que a pesar de ser esta última entidad en que el afiliado realizó cotizaciones, las mismas fueron inferiores a 6 años; en consecuencia, la competencia estaría radicada en la Caja de Previsión Social del Tolima, por ser esta la entidad donde el solicitante efectuó el mayor tiempo de aportes.

No obstante lo anterior, esta solución presenta una dificultad derivada del hecho de que ese tipo de cajas y fondos territoriales (como la Caja de Previsión Social del Tolima) fueron liquidadas por virtud de la reforma del sistema pensional ordenada por la Ley 100 de 1993, lo que obliga a revisar hasta dónde es posible trasladar esa obligación de reconocimiento pensional a los Fondos de Pensiones Territoriales creados en las entidades territoriales para esa misma época. Pasa la Sala a revisar este aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado en otras oportunidades.

#### **4.2 .Liquidación de las cajas y fondos de previsión de pensiones territoriales y creación de los Fondos Territoriales de Pensiones. Por regla general no tienen competencia para reconocer pensiones salvo que su acto de creación lo establezca expresamente.**

El artículo 52 de la Ley 100 de 1993<sup>11</sup> estableció que el ISS sería el administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas solo cumplirían dicha función únicamente respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran.

También se ha puesto de presente que el Decreto 692 de 1994<sup>12</sup> dispuso en su artículo 34 (i) que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 *mientras subsistieran* y (ii) que las entidades diferentes del ISS solo podrían administrar el régimen de prima media respecto de las personas que a 31 de marzo de 1994 fueren sus afiliados, no pudiendo en consecuencia, recibir nuevos afiliados a partir de dicha fecha. En el caso de las cajas o entidades de administración de pensiones del nivel departamental, municipal o distrital se ha advertido que el mismo Decreto 692 solo permitió continuar afiliando a trabajadores de esos niveles territoriales del sector público hasta el momento que señale el respectivo alcalde o gobernador sin que excediera el 30 de junio de 1995<sup>13</sup>.

11 Ley 100 de 1993 "Artículo 52. Entidades Administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.//Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley (Resalta la Sala).

12 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

13 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 17 de septiembre de 2015. Radicado. 11001030600020150005100.

Posteriormente, en la medida que se adelantaba el proceso de liquidación de las cajas y entidades territoriales insolventes, el Decreto Extraordinario 1296 de 1994<sup>14</sup> autorizó que a más tardar el 30 de junio de 1995, se crearan fondos de pensiones territoriales encargados de sustituirlas, cuyas funciones se precisaron así:

*“Artículo 4º.- Funciones. Los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas tendrán las siguientes funciones en la respectiva entidad territorial:*

*1.- Sustituir el pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, a cargo de las cajas o fondos pensionales públicos, y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales.*

*2.- Sustituir a las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes pertenecientes a la entidad territorial, en lo relacionado con el pago de pensiones de aquellas personas que han cumplido el tiempo de servicio pero no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, una vez se reconozcan, siempre y cuando no se encuentren afiliados a ninguna otra administradora del régimen de pensiones de cualquier orden”.*

*3.- Sustituir a las entidades territoriales, establecimientos públicos, y empresas industriales y comerciales pertenecientes a la entidad territorial, que tengan a su cargo el pago directo de pensiones, cuando ello se decida. (...)*

*Parágrafo.- En el acto en que se ordene la organización o constitución de cada Fondo de Pensiones Territoriales, se podrá establecer su capacidad para asumir el reconocimiento de pensiones que venían efectuando las entidades a quienes sustituya.”* (Resalta la Sala)

De acuerdo con esta disposición legal la Sala ha señalado, como ahora se reitera, que por regla general los Fondos de Pensiones Territoriales solamente sustituyeron a las cajas de previsión y fondos territoriales **en el pago** de las pensiones que estaban a su cargo y solo excepcionalmente puede establecerse su capacidad de reconocer nuevas prestaciones a futuro cuando así lo determine expresamente el acto de su creación<sup>15</sup>. Por tanto, sino se les atribuyó expresamente esa facultad de reconocer pensiones, carecerán de competencia para tal efecto.

En este sentido, es preciso tener en cuenta, que el Decreto 1068 de 1995<sup>16</sup> que reglamentó el Decreto Extraordinario 1296 de 1994<sup>17</sup> precisó que los servidores públicos que eligieran el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida que se encontraban afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial **declarada insolvente**, podrían continuar vinculados a dicha Institución **solamente** hasta la fecha de corte

14 *“Por el cual se establece el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas”.*

15 Ver entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 17 de septiembre de 2015. Radicado 11001030600020150005100 y decisión de 11 de julio de 2016. Radicado. 110010306000201600079-00.

16 *“Por el cual se reglamentó la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los Fondos de Pensiones del Nivel Territorial y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial”.*

17 De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 1º del Decreto 691 de 1994 *“Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones”.*

de cuentas<sup>18</sup>. Por ende, **los afiliados no pensionados de cajas insolventes**, tenían una fecha límite de vinculación con tales cajas, luego de lo cual entraban a operar las competencias del ISS como administrador general del sistema de prima media con prestación definida<sup>19</sup>.

Precisamente, el artículo 5° del mismo Decreto 1068 de 1995 señaló los efectos de la afiliación, una vez se hubiese escogido el régimen, y dispuso que sería responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas *la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente*<sup>20</sup>.

Igualmente, el artículo 13 del mismo Decreto 1068 de 1995<sup>21</sup> es claro en disponer que la sustitución por parte de los Fondos Territoriales de Pensiones es para el pago de las pensiones y no para el reconocimiento de prestaciones no causadas a cargo de *las cajas o fondos territoriales insolventes*, es decir, que los Fondos de Pensiones Territoriales asumieron esencialmente el pago de las pensiones *ya reconocidas* por las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes, *más no aquéllas de personas que si bien estaban afiliadas a los respectivos fondos aún no habían causado el respectivo derecho*.

#### **4.3 Fondo Territorial de Pensiones del Tolima: el acto de creación restringe los casos en que puede hacer nuevos reconocimientos pensionales**

Establecido entonces que los Fondos de Pensiones Territoriales solo son competentes para reconocer pensiones cuando el acto de creación así lo haya establecido expresamente, la Sala pasa a revisar la situación particular del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima.

El Fondo Territorial de Pensiones del Tolima fue creado por la Ordenanza Departamental 034 de 30 de junio de 1995<sup>22</sup> y con fundamento en ella, se expidió el Decreto 713 del mismo año como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita al Departamento a través a la Secretaría Administrativa de la Gobernación, lo que se refleja en el organigrama de esa entidad que aparece publicado en su sede electrónica<sup>23</sup>.

Ahora bien, el artículo 2° del Decreto eiusdem señala el objeto del Fondo Territorial en los siguientes términos: *“El Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento tiene por objeto sustituir en el pago de las pensiones a la Caja de Previsión Social del Tolima; reconocer las pensiones en los casos señalados en el artículo 3° y pagar las cuotas partes y bonos pensionales a cargo del Departamento del Tolima y sus institutos descentralizados”*. (Se resalta).

18 *“Artículo 3°. Situaciones especiales de afiliación. (...)*

*Los servidores públicos que elijan el régimen solidario de prima media con prestación definida que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada insolvente, podrán continuar vinculados a dicha institución hasta la fecha de corte de cuentas de que trata el artículo 24 de este decreto, sin que sea necesario el diligenciamiento de formulario o comunicación alguna”*.

19 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado 11001030600020160007900.

20 *Ibidem*.

21 *“Artículo 13. Sustitución en el pago de las pensiones. El pago de las pensiones a cargo de las cajas, fondos, entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes y de los entes territoriales, será asumido por el respectivo Fondo de Pensiones Territorial”*.

22 *“Por medio de la cual se crea el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Tolima y se conceden unas facultades al Gobernador del Departamento”*.

23 <http://www.tolima.gov.co/publicaciones.php?id=726>. Consultada el 19 de septiembre de 2016.

De este modo se observa que el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima sí le fue asignada una competencia expresa de reconocimiento pensional, aunque, no general sino limitada a las hipótesis del artículo 3 del mismo acto de creación que señala:

*“ARTÍCULO TERCERO: FUNCIONES: El Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento del Tolima tendrá las siguientes funciones: “1) Sustituir a la Caja de Previsión Social del Tolima en lo relacionado con el pago de pensiones de vejez, jubilación, invalidez y de sustitución o sobrevivientes, reconocidas por ésta, al momento de asumir el Fondo su pago; 2) Sustituir a la Caja en lo relacionado con el pago de pensiones por reconocer, es decir, aquellas en las cuales se han reunido los requisitos para obtener el derecho y se ha presentado la solicitud, pero no se ha decidido sobre la misma a junio 30 de 1995 y, 3) Sustituir a la Caja en lo relacionado con el pago de pensiones de los funcionarios que han cumplido el tiempo de servicio pero que no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, siempre y cuando no se encuentren afiliados a ninguna administradora del régimen de pensiones”.*

Como se observa, el Fondo Territorial del Tolima solo adquirió excepcionalmente la competencia para reconocer pensiones en los supuestos que enuncian los numerales 2 y 3 del artículo que se cita y que en síntesis se refieren a (i) las personas que ya habían cumplido requisitos para pensionarse pero cuya solicitud no había sido resuelta; y (ii) personas que habían cumplido tiempo de servicios para pensionarse pero que les faltaba el requisito de la edad. Por tanto, solo si un solicitante se encuentra en uno de estos dos supuestos se podrá entonces asignar la competencia al Fondo en cuestión. En el caso concreto, la situación del señor Jorge Cárdenas Pedraza no se ajusta a ninguno esos supuestos, tal como pasa a revisarse.

#### **4.4 Competencia del ISS (hoy, Colpensiones) en los casos de liquidación de cajas o fondos territoriales.**

En este punto (de liquidación de una caja de previsión territorial y de creación de un fondo territorial de pensiones sin competencia para reconocer nuevas prestaciones de este tipo), la Sala ha puesto de presente la aplicación del Decreto 813 de 1994, en el cual se incluyeron expresamente las reglas de competencia para decidir, entre otras, las solicitudes de reconocimiento pensional de las personas en régimen de transición, cuyas cajas o fondos fueran liquidadas, así:

*“Artículo 6º. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

*a) Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 o más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando. **Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reco-***



**nocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:**

- i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.
- ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.
- iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1º de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno nacional”. (Resalta la Sala)

Así, la Sala ha señalado con base en esta disposición, que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) adquirió la competencia para reconocer y pagar la pensión de los afiliados de las cajas y fondos de previsión (incluidos los territoriales) respecto de los cuales se ordenará su liquidación, evento en el cual, conforme lo dispone el literal b) de la misma norma, surge el derecho a obtener un bono pensional para aquellos servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraban afiliados<sup>24</sup>.

La anterior regla de competencia, se complementa con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2527 de 2000<sup>25</sup> que establece que las Cajas, Fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continúen reconociéndolas o pagándolas **“mientras subsistan dichas entidades”** respecto de quienes tengan el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y **exclusivamente** en los casos que contempla la norma para los servidores públicos del orden territorial.<sup>26</sup>

## 5. El caso concreto

Como se indicó anteriormente (infra 4.1) el señor Jorge Cárdenas Pedraza pertenece al régimen de transición y le es aplicable la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes), de acuerdo a la historia laboral allegada a la Sala, en la medida que al entrar a regir la Ley 100 de 1993 en

24 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado 11001030600020160007900.

25 “Artículo 1º-Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, **continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades** respecto de quienes tuvieren el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, **exclusivamente en los siguientes casos:** // 1. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido a 1º de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.// 2. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la caja, fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.// 3. cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones (...)”. (Resalta la Sala).

26 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 17 de septiembre de 2015. Radicado. 11001030600020150005100.

la entidad territorial a la que se hallaba vinculado contaba con más de 40 años de edad y 15 años de aportes.

También se estableció que según las reglas de competencia del Decreto 2709 de 1994, en principio le correspondería a la Caja de Previsión Social del Tolima el reconocimiento y pago de la pensión del señor Jorge Cárdenas Pedraza. No obstante como esa caja fue liquidada, dicha función se podría entender trasladada al Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, pero solamente en la medida que expresamente se le haya otorgado tal función en su acto de creación.

En el caso concreto se debe recordar que el acto de creación del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima (Decreto 713 de 1995) solo permite que dicho fondo reconozca pensiones en dos hipótesis: (i) solicitudes ya radicadas para esa fecha en la extinta Caja pero no resueltas aún y (ii) personas que en ese momento tenían tiempo de servicios pero les faltaba la edad para pensionarse. Comoquiera que ninguna de estas dos situaciones es predicable de la solicitud pensional del señor Cárdenas Pedraza (tanto el tiempo como las cotizaciones se cumplen después de la liquidación de la Caja de Previsión Social del Tolima), resulta forzoso concluir que el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima carece de competencia para resolver su petición.

Por tanto, ante la inexistencia de la caja de previsión a la que el peticionario hizo su mayor cantidad de aportes y dado que no puede establecerse una sucesión jurídico-funcional con el Fondo Territorial del lugar, la competencia en este caso será del ISS (hoy, Colpensiones) como administrador general del régimen de prima media con prestación definida y según la competencia que le fue asignada en el literal a) del artículo 6° del Decreto 813 de 1994, para el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas pertenecientes al régimen de transición, cuya caja o fondo hayan sido liquidados.

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Jorge Cárdenas Pedraza.

**SEGUNDO:** Remitir el expediente de la referencia a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

**TERCERO:** Reconocer personería al doctor Eduardo Oviedo Castrillón como apoderado del señor Jorge Cárdenas Pedraza, en los términos del poder y los documentos anexos que forman parte del expediente.

**CUARTO:** Comunicar la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, al doctor Eduardo Oviedo Castrillón y al señor Jorge Cárdenas Pedraza.

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

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Edgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.





---

# Tercera Parte

---

**Conceptos de la Sala de Consulta y  
Servicio Civil publicados en el 2016**

---





---

# I.

## ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO

---





## 1. Naturaleza jurídica del Museo Nacional Guillermo Valencia. Régimen jurídico de los contratos, recursos y personal. Estructura y organización administrativa.

### Radicado 2072

Fecha: 21/03/2012

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 28 de marzo de 2016

La Ministra de Cultura formula a la Sala una consulta acerca de la naturaleza jurídica y el régimen jurídico del Museo Guillermo Valencia establecido en la ciudad de Popayán.

### I. Antecedentes

En la consulta se refieren los siguientes antecedentes:

1. La ley 80 del 29 de diciembre de 1943, “por la cual se funda un Museo Nacional en la ciudad de Popayán y se honra la memoria de Guillermo Valencia” consagró como Monumento Nacional la casa del poeta, la cual pasó a llamarse “Museo Guillermo Valencia” (arts. 2º y 3º).

2. La misma ley creó una Junta Administradora del Museo, a la cual le concedió autonomía administrativa, le destinó una partida anual de diez mil pesos moneda legal (\$10.000,00) imputables al Presupuesto Nacional y ordenó la expedición de su personería jurídica, la cual le fue reconocida por medio de la Resolución n.º 241 del 27 de noviembre de 1944 expedida por el Ministerio de Gobierno.

3. De conformidad con sus actuales estatutos, aprobados mediante la Resolución n.º 256 de 1964 dictada por el Gobernador del Departamento del Cauca, la función principal de esta Junta es la administración, mejora, conservación y vigilancia del Museo.

4. La Junta está conformada por las siguientes personas, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 80 de 1943:

- El Gobernador del Departamento del Cauca, en representación de la nación.
- El Arzobispo de Popayán.
- Un (1) miembro designado por el Consejo Directivo de la Universidad del Cauca.
- Dos (2) miembros designados por los hijos del Maestro Guillermo Valencia o sus descendientes legítimos.

5. El patrimonio y los recursos económicos de la Junta son los siguientes:

- Los bienes muebles (la colección) y el inmueble (la casa-museo) pertenecientes al Monumento Nacional. Sin embargo, se indica en la consulta que el inmueble está escriturado a nombre de la Junta, mientras que la colección es propiedad del Ministerio de Cultura, es decir, de la nación.

- Los objetos personales, colecciones, muebles, trofeos y parte de la biblioteca que pertenecieron al Maestro Valencia y que sus hijos donaron para la fundación del Museo, lo cual significa que la donación fue hecha en favor de la nación.

- Los auxilios departamentales y municipales que se decreten y las donaciones que hagan las personas jurídicas y naturales al Museo.

6. La Junta Administradora no cuenta con una estructura organizacional, ni con una planta de personal que le permita funcionar adecuadamente como un organismo de la Administración Pública (carece de las dependencias de apoyo de su gestión y de las áreas de administración, presupuesto, tesorería, control interno, etc.).

7. No hay claridad respecto de si tiene facultades para expedir actos administrativos y si se encuentra sometida tanto al control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación como al control fiscal de la Contraloría General de la República.

8. En la actualidad, la Junta Administradora no recibe recursos directos del Presupuesto Nacional, al no estar jurídicamente identificada como una entidad adscrita al Ministerio de Cultura.

9. El Ministerio de Cultura tiene bajo su responsabilidad, conjuntamente con la Junta, la conservación tanto del inmueble como de la colección del Museo y, mediante un convenio interadministrativo, le transfiere anualmente a la Junta los recursos necesarios para su administración y mantenimiento. Con estos recursos se paga el salario de la persona que desempeña el cargo de auxiliar administrativo del Museo, el único cargo de la planta de personal, creado por la Junta mediante la Resolución n.º 1 del 7 de noviembre de 1991, y los honorarios de los colaboradores.

10. El Presidente de la Junta Administradora del Museo Nacional Guillermo Valencia, mediante el oficio 138-MNGV del 23 de diciembre de 2011, recibido el 12 de enero de 2012, remitió a la Sala una fotocopia del oficio 137-MNGV de la misma fecha, dirigido a la Ministra de Cultura, sobre la presente consulta, en el cual señaló básicamente los siguientes puntos:

a. La participación de los miembros de la Junta siempre ha sido no remunerada.

b. Los descendientes legítimos del maestro Guillermo Valencia “no están siendo financiados, ni están a cargo del presupuesto del Ministerio de Cultura, y no gozan de prerrogativas y beneficios, diferentes a los de apoyar *ad honorem* el funcionamiento del Museo”.

c. Desde hace dos (2) años el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Cultura, colocó un guardia de seguridad en el Museo.

d. No existen cargos de planta de personal para las funciones de tesorería, jurídica, control interno, etc. Estas funciones se desempeñan mediante contrato y con la supervisión de entidades públicas. Así, las labores de tesorería requieren de la aprobación del Tesorero de la Universidad del Cauca y las jurídicas cuentan con el apoyo de la Asesoría Jurídica de la Gobernación del Cauca.

La Ministra formula las siguientes **PREGUNTAS**:

*“1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica (privada, mixta o pública) de la Junta de Administración del Museo Nacional Guillermo Valencia creada mediante la Ley 80 de 1943?*

*2. ¿Cuál es el alcance de la autonomía para el manejo del Museo teniendo en cuenta la naturaleza misma de dicha Junta?*

*3. ¿De acuerdo con lo anterior, qué tipo de contratos o convenios puede celebrar esta Junta con entidades públicas?*

*4. ¿Cuál es el carácter de los recursos que maneja la Junta de Administración del Museo Nacional Guillermo Valencia?*

*5. ¿Puede la Junta Administradora o el Director del Museo hacer nombramientos remunerados con cargo a los recursos del Museo, teniendo en cuenta que de conformidad con la ley de creación (art. 5°) la Junta manejará ad honorem y autónomamente el Museo?*

*6. ¿Cuál es el carácter de las personas que se llegaren a vincular? ¿Trabajadores particulares? ¿Funcionarios públicos? ¿Trabajadores oficiales?*

*7. ¿Al no existir en el derecho colombiano obligaciones irredimibles, y al haber sido eliminados los auxilios de la Constitución Política de 1991, cómo deben entenderse esos aportes y gastos a perpetuidad que impone la Ley 80 de 1943 a cargo del Estado, a la luz de la nueva Constitución?*

*8. ¿De acuerdo con la Constitución Política de 1991, pueden conservarse los derechos que le fueron concedidos en su momento a los descendientes legítimos del Maestro Guillermo Valencia de continuar vinculados a su administración y con cargo al presupuesto del Ministerio de Cultura, con todas las prerrogativas y beneficios de que gozan?”*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

#### **A. Naturaleza jurídica de la Junta Administradora del Museo Guillermo Valencia**

La Ley 80 de 1943 fundó en la ciudad de Popayán el Museo Guillermo Valencia para honrar la memoria del poeta, y le confirió a dicha institución la categoría de “nacional” según se lee en el título mismo de la ley. Igualmente consagró como monumento nacional la casa en donde vivió y murió el Maestro, y dispuso que allí quedaría establecido a perpetuidad su Museo personal (artículos 2° y 3°). Ordenó también erigir estatuas de Valencia, en cuyo pedestal se grabaría la leyenda “La República de Colombia a Guillermo Valencia” (artículo

4°). Además dispuso en el artículo 8° lo siguiente: “Los gastos que demande esta ley serán por cuenta de la nación”.

La Ley 80 creó igualmente la Junta Administradora del Museo en los siguientes términos:

*“Artículo 5°. Créase una Junta de cinco (5) miembros, integrada por el Gobernador del Cauca, quien representará a la nación; por un miembro designado por el Consejo Directivo de la Universidad del Cauca; por el Arzobispo de Popayán y por dos miembros designados por los hijos legítimos del Maestro Guillermo Valencia o por sus descendientes legítimos, Junta que obtendrá su personería jurídica, dictará su reglamento, nombrará tesorero y manejará ad honorem y autónomamente el Museo.*

*La junta administradora del ‘Museo Guillermo Valencia’, así constituida, intervendrá en todo lo relacionado con la ejecución de esta ley. El Museo creado por esta ley y la casa y el parque a que ella se refiere, se destinarán exclusivamente a honrar la memoria de Guillermo Valencia, y en ningún caso podrá habitar en dicha casa persona alguna distinta de quien nombre la junta administradora para su guarda y cuidado ni celebrarse en ella actos distintos de los que se relacionen directamente con el Maestro Valencia y sean para honrar su memoria”.*

La ley instituyó el “Museo Guillermo Valencia” y le creó un organismo para que lo dirigiera, la “Junta Administradora”. Dicha institución pública obtuvo el reconocimiento de su personería jurídica por medio de la Resolución n.° 241 de 1944 del Ministerio de Gobierno.

Los elementos de origen legal expuestos hasta este punto indican con toda certeza que el Museo Guillermo Valencia, creado por la ley con recursos del tesoro nacional, es una entidad pública perteneciente al orden nacional, dotada de personería jurídica, patrimonio propio enteramente público y autonomía administrativa.

Ahora bien, habiendo sido creado dicho Museo en el año de 1943, vino a ser, con la reforma administrativa de 1968, una de esas instituciones de carácter público cuya naturaleza jurídica no estaba claramente definida en la ley, y que debían ajustarse a la nomenclatura uniforme desde entonces establecida para todas las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva nacional. Puesto que esta entidad no fue reestructurada en aquella oportunidad, de manera especial y directa, para encuadrarla en alguna de las categorías creadas para toda la Rama Ejecutiva nacional, quedó dentro de las previsiones del artículo 7° del Decreto 3130 de 1968, “por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional”, que trata “De las instituciones o fundaciones creadas por la ley” según reza su título, el cual dispuso:

*Artículo 7°. De las instituciones o fundaciones creadas por la ley. Las Fundaciones o instituciones de utilidad común existentes, creadas por la ley o con autorización de la misma, son establecimientos públicos, y se sujetarán a las normas para estos previstas con las particularidades que contengan los actos de su creación.*

Observa la Sala que el artículo 7° del Decreto 3130 no tuvo por objeto exclusivo a las fundaciones e instituciones de utilidad común de que trata el Código Civil en el Título XXXVI,

artículo 633 y siguientes, sino a las instituciones o fundaciones que hubiere creado la ley, exclusivamente con recursos públicos del tesoro nacional, puesto que las equiparó de una vez a establecimientos públicos. Esta norma es concordante con el artículo 635 del Código Civil, que dice:

*Artículo 635. Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio.*

***Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional”.***

Puesto que el Museo Guillermo Valencia fue creado por la Ley 80 de 1943 como un “establecimiento que se costea con fondos del tesoro nacional”, siguiendo las expresiones del artículo 635 citado, es lo cierto que, de acuerdo con los mandatos de esta norma, en su organización y funcionamiento no se rige por las disposiciones del Código Civil sino por las reglas del derecho público. Debiendo seguirse estas reglas, se advierte que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 7° del Decreto 3130 de 1968, el Museo Guillermo Valencia es un establecimiento público del orden nacional que, a partir de la entrada en vigencia de dicha disposición, está sujeta a “*las normas para estos previstas con las particularidades que contengan los actos de su creación*”, esto es, la Ley 80 de 1943, sus estatutos y reglamentos, y lo dispuesto de manera general en las leyes para los establecimientos públicos nacionales, en particular las reglas establecidas para ellos en los artículos 70 a 81 de la Ley 489 de 1998.

## **B. Autonomía administrativa, régimen de contratación y carácter de sus recursos**

La consulta inquiriere también sobre el alcance de la autonomía administrativa del Museo Guillermo Valencia, dirigido por su Junta Administradora, el tipo de contratos que puede celebrar con entidades públicas y el carácter de sus recursos económicos.

1. La autonomía del Museo está determinada, en primer lugar, por el acto de creación legal. En efecto, el artículo 5° de la Ley 80 de 1943 faculta a su Junta Administradora para dictar su propio reglamento<sup>1</sup> y manejar autónomamente el Museo. Adicionalmente, el Museo se rige por las reglas generales de organización de la rama ejecutiva nacional contenidas en la Ley 489 de 1998, según lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo de dicha ley, que dice:

*Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.*

Como entidad descentralizada que es, el Museo tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, atributos que ejerce de conformidad con las reglas establecidas en la Ley 489 de 1998 para los establecimientos públicos, en particular el artículo 71 que dice:

---

1 En desarrollo de esta facultad, la Junta expidió sus Estatutos el 5 de junio de 1944 y los reformó el 25 de agosto de 1964.

*Artículo 71. Autonomía administrativa y financiera. La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos se ejercerá conforme a los actos que los rigen, y en el cumplimiento de sus funciones se ceñirán a la ley que los creó o autorizó y a sus estatutos internos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos.*

2. En cuanto a régimen de contratación, el Museo está sujeto a lo dispuesto en el artículo de la Ley 489 de 1998 que dice:

*Artículo 81. Régimen de los actos y contratos. Los actos unilaterales que expidan los establecimientos públicos en ejercicio de funciones administrativas son actos administrativos y se sujetan a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.*

*Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales.*

En lo relativo al tipo de contratos o convenios que puede celebrar el Museo Guillermo Valencia con entidades públicas, tales contratos son los interadministrativos, mencionados en el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2º-4-c de la Ley 1150 de 2007.

El Museo Guillermo Valencia también puede celebrar con la nación o con entidades territoriales los convenios para la ejecución de planes y programas de que trata el artículo 107 de la Ley 489 de 1998 y los convenios de desempeño previstos en el artículo 108 de la misma ley.

3. En relación con los recursos económicos se advierte que, siendo el Museo Guillermo Valencia un establecimiento público, los bienes y recursos que maneja, esto es, el Museo declarado Monumento Nacional y los dineros que recibe del Ministerio de Cultura en desarrollo de un convenio interadministrativo para su administración y mantenimiento, según lo manifestado en la consulta, son públicos, y en tal carácter están sujetos al control fiscal de la Contraloría General de la República, conforme a lo establecido en el artículo 267 de la Carta Política.

Asimismo, si el Museo Guillermo Valencia llegare a recibir dineros u otros bienes provenientes del departamento del Cauca o del municipio de Popayán, es claro que por la naturaleza pública de estas entidades, tales recursos son igualmente de carácter público, y en tal caso y por dichos conceptos quedaría sujeta a control fiscal por parte de las respectivas contralorías departamental y municipal.

En este aspecto destaca la Sala que, de acuerdo con la información recibida, el Museo Guillermo Valencia no recibe recursos del presupuesto nacional, dado que no constituye una sección o subsección de este, ni aparece mencionado allí como destinatario de un rubro presupuestal específico.

### C. Régimen laboral de los servidores del Museo y remuneración

La consulta indaga si la Junta Administradora o el Director del Museo pueden hacer nombramientos remunerados “*con cargo a los recursos del Museo*” teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 80 de 1943, la Junta manejará *ad honorem* y autónomamente el Museo, y si las personas que trabajan en este tienen el carácter de servidores públicos.

Sobre el aspecto laboral cabe indicar que la ley de creación tan solo faculta a la Junta para nombrar un tesorero y un vigilante (artículo 5°), y que el artículo 7° de sus estatutos le confiere al Director General la facultad de “*Nombrar y remover libremente el personal subalterno del Museo*” (literal a), que tiene muy limitadas posibilidades de aplicación debido a la precariedad presupuestal de la entidad y, en especial, a su incompleta configuración jurídica y precaria existencia dentro de la organización general de la administración nacional.

La estipulación legal relativa a que el manejo autónomo del Museo se realizará *ad honorem*, debe entenderse dirigida a los miembros de la Junta, mas no a quienes desempeñen actividades de naturaleza laboral en dicha institución.

Dado el carácter de establecimiento público que tiene el Museo Guillermo Valencia, las personas que a esta entidad se vinculen laboralmente tienen el carácter de empleados públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, el cual dispone:

*“Artículo 5°. Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales”.*

La Corte Constitucional, en Sentencia n.° C-484 de 1995, declaró inexecutable la frase que cerraba el primer inciso del artículo 5°, la cual decía: “*En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contratos de trabajo*”.

### D. Los aportes del presupuesto nacional otorgados en virtud de la Ley 80 de 1943

La consulta inquiriere sobre cómo deben entenderse los gastos y aportes que impone la Ley 80 de 1943 a la nación en favor del Museo Guillermo Valencia, frente a la derogatoria de los auxilios públicos efectuada por la Constitución de 1991.

Al respecto debe precisarse que la prohibición establecida en el artículo 355 de la Carta en relación con auxilios o donaciones que otorguen las ramas u órganos del poder público, se refiere a aquellos cuyos destinatarios sean “*personas naturales o jurídicas de derecho privado*”, no entidades públicas. Puesto que el Museo Guillermo Valencia es una entidad pública, tal prohibición no lo afecta en su aptitud para ser beneficiario legítimo de ayudas y aportes públicos.

## **E. Composición de la Junta Administradora y procedimiento para modificarla**

Finalmente la consulta indaga si, a la luz de la Constitución de 1991, la disposición de la Ley 80 de 1943 conforme a la cual dos descendientes legítimos del Maestro Valencia formarán parte de la Junta creada para administrar el Museo Guillermo Valencia, es inmodificable o consagra alguna especie de derecho dinástico.

Sobre este punto se señala que nada hay que sea definitivo o perpetuo en la estructura de la administración pública y que, por el contrario, es propio de su dinámica existencia el que esté sujeta a todos los cambios organizacionales o funcionales que demande la necesidad y conveniencia del Estado.

La Constitución Política confiere al Congreso de la República la facultad de determinar, por medio de leyes, la estructura de la administración y, por esta vía, crear, fusionar, suprimir y reestructurar las entidades y organismos del ejecutivo nacional (artículo 150 numeral 7 de la Constitución). Dispuso la Constitución en 1991 que las facultades para fusionar, suprimir y reestructurar serían asumidas por el Presidente de la República con sujeción a los principios y reglas generales que estableciera el legislador (artículo 189, numerales 15 y 16 de la Carta). Así las cosas, a partir de la Ley 489 de 1998, el Presidente de la República ha asumido como facultad constitucional propia las funciones de suprimir y reestructurar toda entidad u organismo de la administración nacional mediante decreto. Posteriormente el artículo 2° de la Ley 790 de 2002 lo habilitó para, por decreto también, fusionar entidades y organismos administrativos nacionales. Luego de esta evolución normativa permanece en cabeza exclusiva del legislador la facultad de crear, así como la de escindir, dado que esta implica un acto de creación.

Lo expuesto permite contestar que el ordenamiento jurídico ofrece abundancia de instrumentos no solo para modificar la composición de la Junta Administradora del Museo Guillermo Valencia, sino para adoptar medidas de fondo en relación con la estructura, organización, funcionamiento y recursos del Museo Guillermo Valencia, dada su condición de entidad que forma parte de la Rama Ejecutiva nacional. Las reformas, que son a todas luces necesarias, permitirán al Museo Guillermo Valencia no solo adaptarse a los principios de moderna gestión pública, sino a las reglas vigentes sobre organización general de la Rama Ejecutiva nacional, para que al menos se sepa cuál es el ministerio o departamento administrativo responsable de ejercer control de tutela sobre aquella entidad.

En primer lugar podría el gobierno nacional evaluar la conveniencia de transferir el Museo Guillermo Valencia al municipio de Popayán, al departamento del Cauca, a la Universidad del Cauca o a alguna otra entidad del orden local o seccional, o si por el contrario encuentra preferible conservarle el carácter de establecimiento público nacional.

De elegirse esta alternativa, el Presidente de la República podría reestructurar el Museo Guillermo Valencia mediante decreto, en aspectos que no impliquen alteración de su estructura orgánica, proveerle una organización administrativa y asignarle una planta de personal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, según se desprende del análisis realizado en este concepto, la precariedad institucional



del Museo Guillermo Valencia está referida a la indefinición de elementos esenciales de su estatuto jurídico, en lo tocante a su estructura orgánica, que solo mediante ley se pueden determinar, tales como el soporte presupuestal, de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la denominación, la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, el 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, todo ello de conformidad con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE:

*“1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica (privada, mixta o pública) de la Junta de Administración del Museo Nacional Guillermo Valencia creada mediante la Ley 80 de 1943?”*

La entidad pública denominada Museo Guillermo Valencia, creada mediante la Ley 80 de 1943, es un establecimiento público del orden nacional, siendo notoria la ausencia de una disposición legal que, de manera expresa, determine no solo su adscripción a un Ministerio o a un Departamento Administrativo, sino otros aspectos esenciales de su estructura orgánica.

*“2. ¿Cuál es el alcance de la autonomía para el manejo del Museo teniendo en cuenta la naturaleza misma de dicha Junta?”*

La autonomía del Museo Guillermo Valencia está determinada por lo dispuesto en la Ley 80 de 1943 que lo creó, lo previsto en la Ley 489 de 1998 para los establecimientos públicos y lo que ordenan sus estatutos.

*“3. ¿De acuerdo con lo anterior, qué tipo de contratos o convenios puede celebrar esta Junta con Entidades Públicas?”*

Debido a su carácter público, los contratos o convenios que el Museo Guillermo Valencia puede celebrar con entidades públicas son los contratos interadministrativos.

*“4. ¿Cuál es el carácter de los recursos que maneja la Junta de Administración del Museo Nacional Guillermo Valencia?”*

Los recursos que maneja la Junta Administradora del Museo Guillermo Valencia son públicos, incluso los de origen privado que pudieran ingresarle por concepto de donaciones.

*“5. ¿Puede la Junta Administradora o el Director del Museo hacer nombramientos remunerados con cargo a los recursos del Museo, teniendo en cuenta que de conformidad con la ley de creación (art. 5°) la Junta manejará ad honorem y autónomamente el Museo?”*

La estipulación legal relativa a que el manejo autónomo del Museo Guillermo Valencia se realizará *ad honorem*, debe entenderse exclusivamente dirigida a los miembros de la Junta

Administradora, mas no a quienes desempeñen actividades de naturaleza laboral en dicha institución, que deberán ser remuneradas.

*“6. ¿Cuál es el carácter de las personas que se llegaren a vincular? ¿Trabajadores particulares? ¿Funcionarios públicos? ¿Trabajadores oficiales?”*

Las personas que se vinculen laboralmente al Museo Guillermo Valencia tienen el carácter de empleados públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968. Si se trata de “trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas”, dice la norma citada, serán trabajadores oficiales, cuya vinculación se efectúa por medio de contrato individual de trabajo. Deberá observarse lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia n.° C-484 de 1995.

*“7. ¿Al no existir en el derecho colombiano obligaciones irredimibles, y al haber sido eliminados los auxilios de la Constitución Política de 1991, cómo deben entenderse esos aportes y gastos a perpetuidad que impone la Ley 80 de 1943 a cargo del Estado, a la luz de la nueva Constitución?”*

Dado que el Museo Guillermo Valencia es una entidad pública, los aportes que este reciba de la nación no están comprendidos en los auxilios que prohíbe el artículo 355 de la Constitución.

*“8. ¿De acuerdo con la Constitución Política de 1991, pueden conservarse los derechos que le fueron concedidos en su momento a los descendientes legítimos del Maestro Guillermo Valencia de continuar vinculados a su administración y con cargo al presupuesto del Ministerio de Cultura, con todas las prerrogativas y beneficios de que gozan?”*

El legislador tiene la facultad de modificar la estructura orgánica de todas las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva nacional y, por ende, puede definir la integración y forma de designación de los miembros de la Junta Administradora del Museo Guillermo Valencia.

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

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

## 2. Medición del consumo. Efectos jurídicos. Competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos

### Radicado 2236

Fecha: 22/02/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 22 de junio de 2016

El señor Director del Departamento de Planeación Nacional, consulta a la Sala sobre la medición del consumo en los servicios públicos domiciliarios, los efectos de su omisión por parte de las empresas de servicios públicos y el alcance de pronunciamientos judiciales en la materia.

### I. Antecedentes

Alude la consulta a los artículos 9°, 146 y 150 de la Ley 142 de 1994 que establecen la medición del consumo como determinante del precio de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y su facturación, respectivamente.

Cita la sentencia del 16 de agosto de 2007 de la Sección Primera del Consejo de Estado, radicación 25000-23-24-000-2003-00456-01, en la que, según la consulta, se analizaron las consecuencias jurídicas de la falta de medición del consumo y falta de lectura de las mediciones. Afirma que en el Concepto Unificado 02 de 2009, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos acogió la postura del Consejo de Estado contenida en dicho pronunciamiento.

No obstante, en la consulta se indica que a juicio de esa Superintendencia la falta de medición no puede “obedecer exclusivamente a la ausencia o mal funcionamiento del equipo de medida, toda vez que si bien la medición corresponde a la acción y efecto de medir (cita la definición del Diccionario de la Lengua Española), el cumplimiento de la obligación por parte de la empresa de medir los consumos se vería mermado en tanto desconoce, en el sistema tradicional de medición, que ese deber también comporta el acto ejecutado por el personal en el terreno o incluso por tecnologías desarrolladas, de visualizar el registro del consumo y tomar la lectura o cantidad, con el fin de efectuar el cobro a través de la facturación”. Así las cosas, “la falta de lectura en la práctica puede constituir una falta de medición, en la medida que en la realidad la empresa, puede, por negligencia no tomar la lectura correcta y, por consiguiente, no factura con base en dicha medida”.

Se afirma que la *omisión de leer el medidor*, así como la de facturar con base en la medida, brinda a las empresas la posibilidad de cobrar bienes o servicios facturados por error, omisión o investigación de desviación significativa, dentro de los 5 meses de haber entregado la factura, por disposición del artículo 150 de la Ley 142 de 1994; sin embargo, esa consecuencia no se “constituye en una medida efectiva para el usuario, en la medida que en la solución de

las reclamaciones elevadas ante la entidad por ese motivo a través del recurso de apelación, si bien la empresa ha omitido su deber, contrario a adoptar una medida que de una u otra forma le dé razón al usuario, configura un derecho para la empresa”.

Asevera que “*aun cuando el mal funcionamiento del medidor*” constituye una razón para que se configure la “*falta de medición*”, mas no de lectura, y en consecuencia la correspondiente pérdida del precio, dicha conclusión desestimaría la naturaleza de la desviación significativa del consumo prevista en el artículo 149 de la Ley 142, toda vez que una de las razones para que se origine el alto o bajo consumo representativo, se podría justificar, entre otras, en el mal funcionamiento del aparato de medida, “*resultado que de ser comprobado habilita a la empresa a recuperar los consumos dejados de facturar por ‘desviación significativa’, de conformidad con el artículo 150 ibídem y no a perder el precio por falta de funcionamiento del aparato de medida*”.

Por otra parte se afirma en la consulta que dada la consecuencia prevista en artículo 146 de la Ley 142 de 1994 (pérdida del derecho de la empresa a recibir el precio por falta de medición), la Superintendencia de Servicios Públicos está facultada para imponer las consecuencias de la norma, por lo que no resulta clara la razón por la cual se debería adelantar un proceso judicial con el fin de determinar la pérdida del precio. Cita al efecto la sentencia del Consejo de Estado del 1° de diciembre de 2006, expediente 2006-01450, en la que a juicio del organismo consultante se prohija esa tesis.

Afirma, finalmente, que en virtud del deber impuesto a las autoridades administrativas por el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la Superintendencia ha acatado la sentencia del 16 de agosto de 2007 de la Sección Primera del Consejo de Estado, radicación 25000-23-24-000-2003-00456-01.

En consecuencia, el señor Director formuló las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *“Teniendo en cuenta las consideraciones previas relacionadas con el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, así como las analizadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ¿Qué debe entenderse por la expresión ‘falta de medición del consumo’ referida en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 y por ‘error, omisión, investigación de desviaciones significativas’ según el artículo 150 ibídem? ¿La ‘falta de lectura’ es equiparable a la omisión de la que habla el artículo 150 de la Ley 142 de 1994?*
2. *Como quiera que ‘la falta de medición del consumo’ puede involucrar situaciones que configuran ‘falta de lectura’, y por consiguiente las consecuencias jurídicas serían distintas ¿en todo caso los supuestos de hecho que dan lugar a una u otra circunstancia deben estar contemplados en la jurisprudencia, teniendo en cuenta la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales, según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011?*
3. *Si el mal funcionamiento del equipo de medida, en criterio del Consejo de Estado, supone la falta de medición, situación que da lugar a la pérdida del precio y, justa-*

*mente esta condición puede dar lugar en algunos casos a la desviación significativa ¿Cómo deben interpretarse los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994, si por un lado la causa de la desviación significativa comporta el mal funcionamiento del medidor y la consecuente pérdida de precio para la empresa; pero por otro lado, supone, que la empresa puede cobrar consumos anteriores dentro de los cinco meses siguientes a la facturación en la que por dicho concepto no se incluyeron, respectivamente, hipótesis que invalida la pérdida del precio?*

4. ¿Cuál es la razón legal para que estando vigente el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 la Superintendencia de Servicios Públicos no pueda aplicar a través de acto administrativo la consecuencia jurídica de la falta de medición?”

Con posterioridad a la presentación de la consulta se celebró una audiencia con el organismo consultante con el fin de precisar algunos aspectos fácticos y jurídicos de la misma, así como el contexto que le dio origen.

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

#### **a. Delimitación de la consulta y problemas jurídicos planteados**

Como se advierte de los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, esta se origina por las consideraciones vertidas en la sentencia del 16 de agosto de 2007 de la Sección Primera del Consejo de Estado, radicación 25000-23-24-000-2003-00456-01, en la que, según la consulta, se analizaron las consecuencias jurídicas de la falta de medición del consumo y falta de lectura de las mediciones relacionadas con el servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Así las cosas, la Sala estima que los problemas jurídicos por resolver deben considerar la interpretación de los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994, en relación con el servicio público domiciliario de energía eléctrica, y el alcance que tiene el citado pronunciamiento del Consejo de Estado sobre el particular, en atención a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 – *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (en adelante, CPACA).

En consecuencia la Sala, para resolver las preguntas formuladas: *i)* realizará una breve mención sobre el marco constitucional y finalidad de la intervención estatal en los servicios públicos domiciliarios; *ii)* interpretará sistemáticamente los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994, relativos a la medición y los cobros inoportunos de los servicios públicos domiciliarios, en particular el de energía eléctrica, en concordancia con la Resolución CREG 108 de 1997; *iii)* señalará el alcance del artículo 10 del CPACA; *iv)* mencionará los antecedentes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado en relación con la medición y facturación del consumo en el servicio público domiciliario de energía eléctrica, así como el análisis de la Sala sobre tales pronunciamientos, y *v)* analizará la procedencia de un pronunciamiento judicial previo, en relación con la pérdida del derecho de la empresa de servicios públicos a recibir el precio por falta de medición.

## B. Breve mención al marco constitucional y finalidad de la intervención estatal en los servicios públicos domiciliarios

### 1. Marco constitucional

Como lo señaló la Sala en el Concepto 2230 de 2015, la Constitución Política de 1991 (C.P.) estableció que: *i)* los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que este debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional de conformidad con el régimen legal correspondiente; *ii)* los servicios públicos podrán suministrarse por el Estado de manera directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares, y *iii)* en cualquier caso “*la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*” se adelantará por parte del Estado (C.P., artículo 365). Ahora, en relación con las competencias, responsabilidades, cobertura, régimen tarifario, calidad y financiación de los servicios públicos domiciliarios, la Carta dispuso que serían fijados por la ley (C.P., artículo 367).

En consecuencia, puede afirmarse que constitucionalmente los servicios públicos domiciliarios tienen las siguientes características relevantes<sup>1</sup>:

- a. Puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo este la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. Con la Constitución de 1991, se da un cambio de modelo en la prestación de los servicios públicos, ya que el Estado deja de ser gestor y, por tanto, prestador principal de tales servicios y pasa a un papel de regulador, toda vez que los servicios públicos deben enmarcarse en un ámbito de competencia en el cual participan particulares a quienes se les permite asumir la prestación de tales servicios. Y si el Estado quiere participar en el mercado de prestación de los servicios públicos, debe hacerlo en igualdad de condiciones con los particulares;
- b. El servicio público domiciliario tiene un “*punto terminal*” que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios;
- c. El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en el terreno fáctico, es decir, en concreto;
- d. Estos servicios tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente, lo que significa mejor cobertura, calidad y precio;
- e. La razón de ser de los servicios públicos es el usuario, por lo que una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.;
- f. La prestación de los servicios públicos domiciliarios constituye un asunto de Estado y por lo tanto pertenece a la órbita de lo público, de ahí que deban ser prestados a todos los habitantes como parte del concepto de “servicio universal”;

1 Al efecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-578 de 1992, C-389 de 2002 y T-270 de 2004 de la Corte Constitucional.

g. Su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso;

A partir de lo anterior, la satisfacción de las necesidades de las personas a través de los servicios públicos domiciliarios debe tener en cuenta la efectividad de sus derechos fundamentales, la dignidad humana, el mejoramiento de sus condiciones de vida y el bienestar social<sup>2</sup>, presupuestos indispensables para lograr condiciones de subsistencia digna de las personas que habitan en Colombia, que son además prestaciones que fueron reconocidas por el legislador como esenciales<sup>3</sup>.

## 2. Finalidad y estrategias de intervención y su impacto en la medición del consumo según la Ley 142 de 1994

En desarrollo del marco constitucional de intervención estatal en los servicios públicos domiciliarios, descrito en precedencia, se expidió la Ley 142 de 1994, *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*; en cuyo artículo 2° se señalan los fines de esa intervención. Se destacan, para este concepto, los siguientes: *i)* garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; *ii)* prestación eficiente, y *iii)* libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

De esta manera la Ley 142 refleja el cambio de modelo de un Estado gestor (exclusivo o titular) de los servicios públicos para dar paso a un Estado regulador y controlador de los mismos. Por tanto, dicha ley es en sí misma un instrumento de intervención y regulación estatal a través de –entre otras–, estrategias de comando y control, incentivos (regulación tarifaria, subsidios), mecanismos de mercado (regulación contractual, por ejemplo contrato de servicios públicos) y manejo de información. En efecto, el artículo 3° *ibidem* dispone:

*“Artículo 3°. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:*

### *3.1. Promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos.*

*(...)*

*3.3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.*

---

2 Corte Constitucional. Sentencia C-1371 de 2000.

3 Cfr. Artículo 4° de la Ley 142 de 1994.

3.4. *Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.*

3.5. *Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica.*

3.7. *Otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos.*

3.8. *Estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.*

(...)

*Todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables.*

*Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquellas y esta”*

La estrategia de comando y control es un instrumento de regulación directa que se basa en la promulgación de normas jurídicas, las cuales deben ser cumplidas por sus destinatarios bajo la ecuación coerción-sanción; *“la fuerza de la ley es usada para prohibir ciertas formas de conducta o demandar algunas acciones positivas o establecer condiciones para acceder a algún sector”*<sup>4</sup>. Se trata de la imposición de obligaciones jurídicas a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios en aras del interés general que en ellos se involucra, por lo que el incumplimiento de tales deberes conlleva consecuencias desfavorables para dichos prestadores.

En este contexto, el artículo 9° de la Ley 142 de 1994 estableció como derecho de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, la medición de sus *“consumos reales”* y obtener información completa sobre todos los aspectos de la prestación del servicio, según se explica a continuación.

**c. El derecho del suscriptor o usuario a la medición del consumo y su relación directa con el precio del servicio. Interpretación sistemática de los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994 y de la Resolución CREG 108 de 1997**

### **1. Derecho del suscriptor o usuario a la medición real del consumo**

Al respecto el artículo 9° de la Ley 142 de 1994 establece lo siguiente:

*“Artículo 9°. Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:*

<sup>4</sup> BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, strategy and practice.* Oxford University Press. Oxford, 1999. Traducción libre. Pág. 34-35.



*9.1. Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecidas por la ley.*

(...)

*9.4. Solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

*Parágrafo. Las Comisiones de Regulación en el ejercicio de las funciones conferidas por las normas vigentes, no podrá desmejorar los derechos de los usuarios reconocidos por la ley". (Resalta la Sala).*

En la exposición de motivos del proyecto que posteriormente se convertiría en la Ley 142 de 1994, el artículo 9.1 estaba incluido en el capítulo denominado "protección al usuario", y su justificación se formulaba así: "Se garantiza a los usuarios el derecho a usar o no usar los servicios públicos [y] a pagar por ello un precio que tenga relación con su consumo"<sup>5</sup>.

Como claramente se establece en la norma transcrita y en sus antecedentes, el derecho del usuario a la medición de sus consumos reales tiene relación directa con el precio del servicio y comporta la obligación correlativa de la empresa de servicios públicos (en adelante, ESP) de disponer los instrumentos tecnológicos apropiados para realizar dicha medición.

El deber de la empresa de medir los consumos hace parte, además, de la prestación misma del servicio, toda vez que la noción legal de cada uno de los servicios públicos, en particular el de energía eléctrica, incluye la medición. En efecto, el artículo 14 de la Ley 142, dispone:

*"Artículo 14. Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)*

*14.25. Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, **incluida su conexión y medición**. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión". (Resalta la Sala).*

De conformidad con el citado artículo 9.4, también es un derecho de los usuarios obtener información "completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos", lo cual indiscutiblemente incluye la información sobre la medición del servicio. Obviamente el derecho de los usuarios se refleja en la obligación correlativa de las ESP de satisfacer tal derecho.

5 Gaceta del Congreso de noviembre 17 de 1992. El artículo 9.1 aprobado, correspondía originalmente al artículo 10, numeral 10.1, del proyecto de ley.

La mencionada *relación derecho-deber* se ve reforzada con lo dispuesto en la Ley Estatutaria 1712 de 2014, “*por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones*”, cuyo objeto es regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de información (artículo 1°).

En calidad de sujetos obligados por las disposiciones de dicha ley se encuentran “*Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público*” (artículo 5°, *ibidem*). A su vez, la Ley 1712 entiende por información “*un conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen*” (artículo 6°).

Por su parte, el artículo 90 de la Ley 142 de 1994 establece que uno de los cargos que pueden incluirse dentro de las fórmulas tarifarias de los servicios públicos es el denominado “*cargo fijo*” y uno de los ítems a considerar para la fijación del mismo es el gasto de “*facturación y medición*”, así:

“*Artículo 90. Elementos de las fórmulas de tarifas. Sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación, podrán incluirse los siguientes cargos:*

(...) 90.1. *Un cargo por unidad de consumo (...);*

90.2. *Un cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso.*

*Se considerarán como **costos necesarios** para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados **costos fijos de clientela**, entre los cuales se incluyen los **gastos adecuados de administración, facturación, medición** y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia”. (Resalta la Sala).*

De las normas citadas hasta el momento, se evidencia que la Ley 142 establece, respecto de la medición del consumo real de los servicios públicos domiciliarios, un conjunto de derechos y obligaciones para los usuarios y prestadores de esos servicios, así:

- i) El deber de prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios involucra la medición de los mismos por parte de las ESP;
- ii) El derecho de los usuarios a la medición de su consumo real y una obligación de las ESP de realizar dicha medición; correlativamente, el derecho que tienen las empresas de recibir el precio por el servicio prestado, deberá corresponder al valor de los consumos reales del usuario que arroje la medición;
- iii) El derecho de los usuarios a solicitar y conocer la información relacionada con

la medición del consumo, toda vez que se encuentra directamente relacionada con la prestación del servicio público, lo cual se constituye en la obligación correlativa de las ESP de satisfacer ese derecho; este aspecto se desarrolla puntualmente en la Resolución CREG 108 de 1997, según se verá más adelante, y

- iv) A pesar de que la medición del consumo por servicios públicos domiciliarios es una obligación de las ESP, son los usuarios quienes financian el cumplimiento de esa obligación, toda vez que el cargo fijo que se les cobra incluye los gastos en que incurren las ESP en relación con la facturación y medición del consumo.

En consideración a los anteriores criterios generales de regulación sobre la medición y precio del consumo de los servicios públicos domiciliarios, corresponde a la Sala examinar las reglas particulares sobre la materia.

## **2. La medición del consumo del servicio público domiciliario de energía eléctrica y su relación directa con el precio del servicio**

### **2.1 Régimen legal**

Para el efecto se propone el análisis sistemático del artículo 146 de la Ley 142 de 1994 que regula tales aspectos, así:

*“Artículo 146. La medición del consumo, y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.*

*Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período **no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos**, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.*

*Habrá también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido.*

*La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario.*

*En cuanto al servicio de aseo, se aplican los principios anteriores, con las adaptaciones que exige la naturaleza del servicio y las reglas que esta ley contiene sobre falla del servicio; entendiéndose que el precio que se exija al usuario dependerá no solo de los factores de costos que contemplen las fórmulas tarifarias sino en todo caso de la frecuencia con la que se le preste el servicio y del volumen de residuos que se recojan.*

*En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo.*

*Las empresas podrán emitir factura conjunta para el cobro de los diferentes servicios que hacen parte de su objeto y para aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos, para los que han celebrado convenios con tal propósito.*

*En todo caso, las empresas tendrán un plazo a partir de la vigencia de la presente ley para elevar los niveles de macro y micromedición a un 95% del total de los usuarios, para lo cual deberán iniciar un plan, con un porcentaje mínimo de inversión, para la adquisición y financiación de los medidores a los estratos 1, 2, 3.*

**Parágrafo.** *La Comisión de regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente ley, reglamentará los aspectos relativos a ese artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta ley”.*

Dado que el presente concepto versa sobre la medición y precio del consumo del servicio público de energía eléctrica, la Sala entiende la norma transcrita, en lo pertinente, de la siguiente manera:

- a) **Regla general: la medición del consumo en función del precio del servicio:** El primer inciso reitera el contenido de los artículos 9° y 14 de la Ley 142 de 1994, analizados en precedencia, en el sentido de que es un derecho de los usuarios la medición de su consumo real, el cual se constituye en el elemento principal del precio del servicio que se les cobra, y que las ESP están obligadas a emplear para ello instrumentos de medida “que la técnica haya hecho disponibles”.

Ahora, en relación con los instrumentos de medición el artículo 144 de la Ley 142 de 1994 prevé la adquisición, instalación, mantenimiento y reparación de “los instrumentos necesarios para medir” los consumos de los usuarios, aspectos cuya regulación defiere a las condiciones uniformes del contrato. De manera expresa el citado artículo dispone que:

*“Artículo 144. Inciso 3°. (...) No será obligación del suscriptor o usuario **cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada**; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que **el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos**, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor”. (Resalta la Sala).*

La norma transcrita, establece que:

- i) Es deber de las ESP constatar el debido funcionamiento del medidor, a efectos de que dicho instrumento permita determinar “en forma adecuada el consumo”. Es claro que tal carga es consecuencia de la obligación radicada en las ESP de medir el consumo real en relación directa con el precio del servicio, lo que a su vez constituye un derecho para el usuario;
- ii) Es obligación de los usuarios reparar o reemplazar los medidores, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos (*i.e.* mal funcionamiento del medidor), o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos, y
- iii) La consecuencia jurídica cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, será que la ESP podrá reparar o reemplazar los medidores por cuenta del suscriptor o usuario.

Las anteriores afirmaciones se confirman con el texto del artículo 145 de la Ley 142 que es del siguiente tenor:

*“Artículo 145. Control sobre el funcionamiento de los medidores. Las condiciones uniformes del contrato permitirán tanto a la empresa como al suscriptor o usuario verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo; y obligarán a ambos a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren. Se permitirá a la empresa, inclusive, retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado”.*

Es claro entonces el énfasis de la ley en asegurar el correcto funcionamiento del medidor, dada la inescindible relación de medio afín para la medición del consumo real como elemento principal del precio del servicio que se cobra al usuario. La verificación del funcionamiento del medidor es, a su vez, una facultad del usuario y una obligación del prestador del servicio.

*Contrario sensu*, el mal funcionamiento del medidor, por **causa ajena a las partes**, no permitirá la medición del consumo real, por lo que el valor del servicio se establecerá con base en consumos promedios o mediante aforo individual, consecuencia jurídica que se explica a continuación.

- b) Imposibilidad de medición del consumo real por causa ajena a las partes del contrato de servicios públicos:** Establecida la regla general en el inciso primero de la norma en comento, según la cual las ESP están obligadas a la medición del consumo real de los usuarios, empleando para tal fin instrumentos técnicos de medida (medidores) que permitan determinar “en forma adecuada el consumo”, el cual se constituye en el elemento principal del precio del servicio que se les cobra (derecho de los usuarios), el segundo inciso es la excepción a dicha regla jurídica<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Entiéndase por regla las disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u

El supuesto de hecho<sup>7</sup> exceptivo es el siguiente: “(...) Cuando, *sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos*”, la consecuencia jurídica (excepción a la regla general) será que *“su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales”*. (Negrillas fuera de texto).

Nótese que la regla exceptiva no hace más que confirmar la regla general: ante la imposibilidad de medir razonablemente el consumo con instrumentos adecuados, situación fáctica que a juicio de la Sala incluye *el mal funcionamiento del medidor* (sin que la ocurrencia de ese hecho provenga de la acción u omisión de la empresa o del usuario), y por ende no pueda establecerse el valor del servicio de conformidad con el consumo real (regla general), la consecuencia jurídica se refleja a través de la excepción consistente en que el valor del servicio *“podrá establecerse”* con base en:

- i) consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o
- ii) consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o
- iii) aforos<sup>8</sup> individuales.

Lo expuesto significa que ante la imposibilidad ajena a las partes de obtener la medición del consumo real con el medidor instalado por falta de precisión del mismo, es decir, por mal funcionamiento, las ESP podrán cobrar el servicio, para lo cual están facultadas para acudir a los tres mecanismos señalados en precedencia. Adviértase que en este caso es posible que haya medición pero la misma no es razonable por defectos en el aparato de medida o medidor.

**c) Falta de medición del consumo por causa imputable a las partes del contrato de servicios públicos:** El inciso cuarto prevé dos situaciones, a saber:

- i) **Supuesto de hecho:** falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa; **consecuencia jurídica:** pérdida del derecho a recibir el precio;

En el contexto normativo del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, el supuesto de hecho *“falta de medición”* corresponde a un incumplimiento del deber de la empresa de medir con instrumentos los consumos de los usuarios; incumplimiento que se

---

ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social”. PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución y valores del ordenamiento. Artículo incluido en estudios sobre la constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Entrerría. Tomo I Pág. 123.

7 El supuesto es la “hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias jurídicas establecidas por la norma. La citada definición revela el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga. Las consecuencias a que da origen la producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones”. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. S. A., México. Trigésimo segunda edición, 1980. Pág. 172 y ss. (Subraya la Sala).

8 “Aforar. (...)3. Determinar la cantidad y valor de los géneros y mercancías que haya en algún lugar, generalmente a fin de establecer el pago de derechos. //4. Medir la cantidad de agua que lleva una corriente en una unidad de tiempo// 5. Calcular la capacidad de un receptáculo”. Diccionario de la Real Academia Española.

da por “acción u omisión” de la misma empresa. De esta manera, verificado dicho incumplimiento (supuesto de hecho), la consecuencia jurídica será la pérdida del derecho a recibir el precio.

Si la falta de medición se diere por causas diferentes al incumplimiento de la empresa, por ejemplo por la imposibilidad de medir razonablemente los consumos, tal situación jurídica se encuentra regulada en el inciso segundo del artículo 146, según se explicó.

Es preciso indicar que en relación con el supuesto de hecho predicable de las ESP, el artículo 146 presume que la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario, se constituye en una omisión de la empresa que también traerá como consecuencia la pérdida del derecho a recibir el precio.

Sobre la consecuencia jurídica de perder el precio que deben soportar las ESP, la Sala volverá más adelante.

ii) **Supuesto de hecho:** falta de medición del consumo, por acción u omisión del suscriptor o usuario; **consecuencia jurídica:** suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el valor del servicio con base en el “consumo promedio de los últimos seis meses”.

d) **Fugas imperceptibles de agua:** El tercer inciso prevé el supuesto de hecho –ajeno a la consulta, al igual que los incisos 5° y 6°–, en virtud del cual se acredite (se pruebe), la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble; la consecuencia jurídica será que el valor del consumo (precio) del respectivo periodo se establecerá con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales. Nuevamente, la ley reitera que el consumo constituye la esencia del valor del servicio.

Dado que el artículo 146 señala que la comisión de regulación respectiva “reglamentará” los aspectos relacionados con la medición del consumo y el precio del mismo, la Sala analizará a continuación lo pertinente al servicio de energía eléctrica.

## 2.2 Marco regulatorio: Resolución CREG 108 de 1997

Dicho acto administrativo “por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones”, señala en sus considerandos:

*“(…) Que según el artículo 9° de la ley 142 corresponde a las Comisiones de Regulación fijar los plazos y términos relacionados con la medición del consumo de los usuarios con atención*

*a la capacidad técnica y financiera de las empresas o a la categorización de los municipios establecida por la ley.*

*Que el ordinal 21 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, asigna a las Comisiones de Regulación la función de señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.*

(...)

*Que el artículo 146 de la ley 142 establece que la Comisión de Regulación respectiva, en un plazo no superior a 3 años, reglamentará los aspectos relativos a esa norma”.*

Como puede advertirse, la Resolución CREG tiene como finalidad la protección de los derechos de los usuarios tanto en la medición del consumo como en la facturación del mismo, lo cual lleva a sostener la pertinencia de los criterios expresados en el numeral anterior en relación con la medición real del consumo como elemento principal del precio que se cobra al usuario por la prestación del servicio, con mayor razón cuando la motivación de ese acto administrativo alude expresamente al artículo 146 de la Ley 142 de 1994, norma legal que regula la materia.

Así las cosas, resulta ilustrativo acudir a las definiciones que se relacionan con la medición y facturación del consumo del servicio público domiciliario de energía eléctrica para dilucidar las preguntas formuladas en la consulta, transcripción que, en lo pertinente, sigue un orden cronológico, en consideración a los pasos que llevan a la expedición de la factura al usuario así:

**“Artículo 1°. Definiciones.** *Para los efectos de la presente resolución se aplicarán las definiciones consagradas en las Leyes 142 y 143 de 1994, en sus disposiciones reglamentarias, y en especial las siguientes:*

**Servicio público domiciliario de energía eléctrica:** *Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición.*

**Consumo:** *Cantidad de metros cúbicos de gas, o cantidad de kilovatios y/o kilovatios-hora de energía activa o reactiva, recibidas por el suscriptor o usuario en un período determinado, leídos en los equipos de medición respectivos, o calculados mediante la metodología establecida en la presente resolución.*

**Equipo de medida<sup>9</sup>:** *Conjunto de dispositivos destinados a la medición o registro del consumo.*

**Lectura:** *Registro del consumo que marca el medidor.*

<sup>9</sup> Según la Resolución CREG 108, los equipos de medida pueden ser: **MEDIDOR DE CONEXIÓN DIRECTA:** Es el dispositivo que mide el consumo y se conecta a la red eléctrica sin transformadores de medida.

**MEDIDOR DE CONEXIÓN INDIRECTA:** Es el dispositivo de energía que se conecta a la red a través de transformadores de tensión y/o corriente.

**MEDIDOR DE GAS:** Dispositivo que registra el volumen de gas que ha pasado a través de él.

**MEDIDOR DE PREPAGO:** Dispositivo que permite la entrega al suscriptor o usuario de una cantidad predeterminada de energía o de gas, por la cual paga anticipadamente”.



**Consumo medido:** Es el que se determina con base en la **diferencia entre la lectura actual y la lectura anterior del medidor**, o en la información de consumos que este registre.

**Facturación:** Conjunto de actividades que se realizan para emitir la factura, que comprende: **lectura, determinación de consumos, revisión previa en caso de consumos anormales, liquidación de consumos, elaboración y entrega de la factura.**

**Período de facturación:** Lapso entre dos lecturas consecutivas del medidor de un inmueble, cuando el **medidor instalado** no corresponda a uno de prepago.

**Factura de servicios públicos:** Es la cuenta de cobro que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes prestados, en desarrollo de un contrato de servicios públicos.

**Consumo facturado:** Es el liquidado y cobrado al suscriptor o usuario, de acuerdo con las tarifas autorizadas por la Comisión para los usuarios regulados, o a los precios pactados con el usuario, si este es no regulado. En el caso del servicio de energía eléctrica, la tarifa debe corresponder al nivel de tensión donde se encuentra conectado directa o indirectamente el medidor del suscriptor o usuario”. (Negrillas de la Sala).

Las normas transcritas ratifican que el consumo real del usuario es el elemento principal del precio del servicio que se cobra a través de la factura de servicios públicos; para la emisión de dicha factura deben surtirse una serie de pasos por parte de la ESP, destacándose para los efectos de la consulta, la noción de “lectura” y “consumo medido”.

En el contexto anterior, la lectura es el factor que permite la determinación del consumo medido con base en la **diferencia entre lectura actual y lectura anterior del medidor**. A su vez, el artículo 24 de la Resolución CREG 108, dispone que “*todo suscriptor o usuario deberá contar con equipo de medición individual de su consumo*” con excepción de los “inquilinos, y de los usuarios incluidos en planes especiales de normalización del servicio”.

Bajo la anterior regla general, el Capítulo V de la Resolución CREG 108 de 1997 regula lo relacionado con la determinación del consumo facturable, así:

**“Artículo 29. Período de facturación.** Con excepción de los medidores de prepago, en las zonas urbanas **la empresa deberá efectuar la lectura** de los medidores y expedir las facturas correspondientes. Los períodos de facturación para los suscriptores o usuarios ubicados en las áreas urbanas, serán mensuales o bimestrales.

Para los suscriptores o usuarios localizados en zonas rurales o de difícil acceso, se podrán establecer períodos de **lectura** trimestrales o semestrales, en cuyo caso las empresas deberán permitir que el suscriptor o usuario pague los consumos intermedios entre dos períodos consecutivos, según la **lectura** que haga el propio suscriptor o usuario de su medidor, pagos que se descontarán de la liquidación del consumo que efectúe la empresa”. (Ibídem).

Nótese la reiteración de la norma sobre la obligación que asiste a las empresas de efectuar la lectura de los medidores para así determinar el consumo y proceder a expedir las “facturas correspondientes”. En el mismo sentido, el artículo 31 de la Resolución CREG 108 dispone:

*“Artículo 31. Determinación del consumo facturable para suscriptores o usuarios con medición individual. Para la determinación del consumo facturable de los suscriptores o usuarios con medición individual se aplicarán las siguientes reglas:*

*1) Con excepción de los suscriptores o usuarios con medidores de prepago, el consumo a facturar a un suscriptor o usuario se determinará con base en las diferencias en el registro del equipo de medida entre dos lecturas consecutivas del mismo.*

*2) De acuerdo con el inciso 2º del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.*

*3) Cuando a un suscriptor o usuario se le haya retirado el equipo de medida para revisión y/o calibración, o este se encuentre defectuoso, el consumo podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.*

*4) En desarrollo de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 144 y el inciso 4º del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, cuando el usuario no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, y la empresa se abstenga de hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor, se entenderá que es omisión de la empresa la no colocación de los medidores”.*

De la norma transcrita se comprueban las afirmaciones realizadas en el punto anterior sobre la regla general y las excepciones analizadas, así:

- i) Las ESP tienen el deber legal de efectuar la lectura de los medidores lo cual arrojará el consumo medido; de esta manera, la “lectura” y el “consumo medido” son los insumos esenciales que permiten adelantar el proceso de facturación, ya que con ellos se determinará el consumo a facturar y su liquidación, pasos indispensables para emitir la factura de servicios públicos, según la Resolución CREG 108 de 1997, en concordancia con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994. Consecuente con el señalado deber legal, el parágrafo 1º del artículo 30 de la Resolución 108 dispone: “Corresponderá a la empresa **probar** que realizó las **diligencias oportunas para efectuar la medición** en las oportunidades previstas en el contrato”. (Se resalta).

En consecuencia, si la ESP debe realizar la lectura sobre un equipo de medida o “medidor”, lógicamente la falta de medición del consumo originada en la omisión de lec-

tura del medidor o en la ausencia de medidores, en ambos casos omisión imputable a la empresa, generará como consecuencia jurídica que la ESP pierda el derecho a recibir el precio en los términos del inciso 4° del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.

Incluso, en aquellos casos en que los medidores no funcionen en forma adecuada, deber de vigilancia que corresponde a las ESP, y por lo mismo no sea posible determinar el consumo real de los usuarios, si las ESP omiten repararlos o reemplazarlos en el plazo establecido en el inciso 4° del artículo 146 de la Ley 142, tal conducta se entenderá como omisión en la colocación de los medidores y su consecuencia será la pérdida del precio, según lo dispone dicha norma, en concordancia con el artículo 144 ibídem y el numeral 4 del artículo 31 de la Resolución CREG 108 de 1997;

- ii) Cuando el medidor instalado a un suscriptor o usuario se haya retirado temporalmente para su **revisión o calibración**, el consumo podrá establecerse según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales. Nótese que en este caso se presenta una falta de medición pero por razones no imputables a la empresa y, por lo mismo, la regulación permite cobrar el servicio de la forma descrita;

Como puede apreciarse, la diligencia de la ESP tiene como recompensa que pueda cobrar el consumo promedio, en tanto que la omisión en la reparación o reemplazo del medidor genera la pérdida del precio, según se expuso;

- iii) La posibilidad de cobro por consumos promedios o aforo individual se prevé para los casos en que el medidor se encuentre “defectuoso” o no sea “posible medir razonablemente con instrumentos los consumos”, en ambos casos, sin que medie acción u omisión de las ESP. Obviamente en estos casos lo que procede es reparar o reemplazar el medidor, para lo cual se seguirán las reglas señaladas en precedencia.

Puede reiterarse entonces, que la Resolución CREG 108 de 1997 es concordante con la Ley 142 de 1994, en el sentido de asegurar el correcto funcionamiento del medidor, dada la inescindible relación de medio afín para la medición del consumo real como elemento principal del precio del servicio que se cobra al usuario. La verificación del funcionamiento del medidor es obligación del prestador del servicio, que puede repararlos o reemplazarlos a costa del usuario, y la omisión de tal deber puede generar como consecuencia la pérdida del precio, ya que es considerada por la misma regulación como “*falta de medición*” imputable a la ESP, en los términos del inciso 4° del artículo 146 de la Ley 142 de 1994.

### **3. La facturación y los cobros inoportunos**

#### **3.1 Requisitos de las facturas**

Como se expuso en precedencia existe una relación consecencial entre la medición del consumo y la facturación, aunque tanto la Ley 142 de 1994 como la Resolución CREG 108

de 1997 tratan el asunto en capítulos separados. En efecto, la determinación del consumo facturable está establecida en el capítulo V, artículo 146, de la Ley 142 de 1994, en tanto que la regulación “*De las Facturas*”, corresponde al capítulo VI, artículos 147 a 151, *ibídem*.

Así las cosas, resulta pertinente transcribir el artículo 148 de la Ley 142 que sobre el particular dispone:

“Artículo 148. Requisitos de las facturas.

*Los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo, información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciñó a la ley y al contrato al elaborarlas, cómo se determinaron y valoraron sus consumos, cómo se comparan estos y su precio con los de períodos anteriores, y el plazo y modo en el que debe hacerse el pago.*

*En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. Corresponde a la empresa demostrar su cumplimiento. El suscriptor o usuario no estará obligado a cumplir las obligaciones que le cree la factura, sino después de conocerla. No se cobrarán servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario.” (Resalta la Sala).*

La Resolución CREG 108 de 1997, en el capítulo VI “De la liquidación del consumo y las facturas”, en concordancia con la precitada norma dispone:

“**Artículo 42. Requisitos mínimos de la factura.** Las facturas de cobro de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible por red física, contendrán, como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre de la empresa responsable de la prestación del servicio.
- b) Nombre del suscriptor y dirección del inmueble receptor del servicio.
- c) Estrato socioeconómico y clase de uso del servicio.
- d) Período por el cual se cobra el servicio, **consumo correspondiente a ese período** y valor.
- e) **Lectura anterior del medidor de consumo, si existiere.**
- f) **Lectura actual del medidor de consumo, si existiere.**
- g) **Causa de la falta de lectura, en los casos en que no haya sido posible realizarla.**
- h) Fechas máximas de pago oportuno, fecha de suspensión y/o corte del servicio y valor total de la factura.

i) **Consumo** en unidades físicas de los últimos seis (6) períodos, cuando se trate de facturaciones mensuales, y de los últimos tres (3) períodos, cuando se trate de facturaciones bimestrales; en defecto de lo anterior, deberá contener el **promedio de consumo**, en unidades correspondientes, al servicio de los seis (6) últimos meses.

j) Los cargos expresamente autorizados por la Comisión.

k) Valor de las deudas atrasadas.

l) Cuantía de los intereses moratorios, y señalamiento de la tasa aplicada.

m) Monto de los subsidios, y la base de su liquidación.

n) Cuantía de la contribución de solidaridad, así como el porcentaje aplicado para su liquidación.

o) Sanciones de carácter pecuniario.

p) Cargos por concepto de reconexión o reinstalación.

q) Otros cobros autorizados.

**Parágrafo.** En el caso de los suscriptores o usuarios con medidores de prepago, solo son aplicables los literales a), b), c), j), m), n), o), q)”. (Resalta la Sala).

La Sala estima que las normas transcritas reiteran la regla general expuesta en este concepto en el sentido de que la medición del consumo real del usuario es el elemento principal del precio del servicio que se cobra a través de la factura de servicios públicos y que la lectura es el factor que permite la determinación del consumo medido con base en la diferencia entre “lectura actual y lectura anterior del medidor”. La locución, “si existiere” de los literales e) y f), hacen relación al medidor: si no existe medidor no existirá lectura.

Por otro lado, el literal g) supone que el medidor se instaló pero no se hizo la lectura, caso en el cual deberá señalarse la causa de esa omisión. La Sala entiende que bajo las normas de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CREG 108 de 1997 interpretadas en este concepto, la citada omisión debe ser ajena a la ESP, toda vez que es un deber legal de las ESP realizar todas las diligencias oportunas para efectuar la medición, so pena de perder el derecho a recibir el precio en los términos del artículo 146 de la Ley 142, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108. Dentro de las causas no imputables a la empresa que no generan tal consecuencia jurídica, estarían la reparación y calibración del medidor, así como el reemplazo de ese equipo, tal como se expuso en el punto anterior.

De esta manera el entendimiento del literal g), parte del deber de información que las ESP tienen frente a los usuarios que se traduce, según dicha norma, en indicar las causas por las que se dio la “falta de lectura”, y en modo alguno puede entenderse que es una causal de justificación que exoneraría a las ESP de cumplir con su deber legal de realizar la lectura

del medidor. Además, si no ha “sido posible realizar” la lectura por acción u omisión de la empresa, no es posible cobrar valor alguno.

Estima la Sala que la interpretación propuesta está en consonancia con el contexto normativo de la Resolución CREG 108, cuyo marco es la necesidad de medición del consumo, la protección de los derechos de los usuarios y la eficiencia en la prestación del servicio, según ya se dijo, así como en la obligación radicada en las ESP de realizar diligentemente todas las gestiones para efectuar la lectura del medidor, paso obligado para deducir la medición del consumo real y, en consecuencia, el valor del servicio que deberá facturarse al usuario.

La interpretación realizada se ratifica con el artículo 36 de la Resolución CREG 108, así:

**“Artículo 36. Facturación oportuna.** Las empresas deberán facturar en forma oportuna los servicios objeto de suministro. Para estos efectos, el lapso de tiempo comprendido entre **la fecha de lectura del medidor del suscriptor o usuario y la fecha de entrega de la respectiva factura**, no podrá ser superior a un período de facturación, salvo los casos en que medie mora del suscriptor o usuario, caso en el cual podrán cobrarse los saldos insolutos de los periodos anteriores.

**Parágrafo 1º.** Para cumplir lo establecido en este artículo, las empresas deberán ajustar sus ciclos de facturación en un plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia de la presente resolución.

**Parágrafo 2º.** Los ciclos de facturación serán decididos por la empresa, de acuerdo con el tamaño de su mercado, sin que requiera autorización previa alguna”. (Se resalta).

Como puede verse, la norma reitera la obligación de efectuar la lectura y el principio de eficiencia que acompaña la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Además, no puede pasarse por alto que desde el momento de la expedición de la Resolución CREG 108 de 1997 a la fecha han pasado más de 18 años y, por lo mismo, en los actuales momentos no se justifica la falta de lectura de los medidores por parte de las ESP, por lo que esa omisión al traducirse en una “falta de medición del consumo”, les “hará perder el derecho al recibir el precio”, en los términos del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.

Pretender que la “falta de lectura” por acción u omisión de las ESP no genere el efecto desfavorable de perder el precio, contraría los expresos deberes que impone la regulación a esas empresas en la materia, el cual incluye su medición y, por ende, se constituiría en un expediente que dejaría sin efecto las consecuencias jurídicas previstas en la normatividad, en perjuicio de los derechos de los suscriptores o usuarios, situación que precisamente quiere evitarse con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.

### 3.2 Cobros inoportunos

Sobre el particular, el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, dispone:

*“Artículo 150. De los cobros inoportunos. Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario”. (Resalta la Sala).*

De la norma precedente<sup>10</sup> se extraen los siguientes elementos:

- a) Entrega de las facturas a los suscriptores o usuarios;
- b) Las facturas entregadas **no cobraron** (“**no facturaron**”) bienes o servicios por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores;
- c) Imposibilidad de cobrar los bienes o servicios **no facturados**, si han transcurrido más de 5 meses de la entrega de la factura;
- d) Salvo que la no facturación de los bienes o servicios haya ocurrido por dolo comprobado del suscriptor o usuario, y
- e) No prevé la falta de lectura y, mucho menos, si esa omisión es imputable o no a las ESP.

La interpretación debe partir de la noción factura, la cual está definida en la Resolución CREG 108 de 1997, así: **“FACTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS: Es la cuenta de cobro que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes prestados, en desarrollo de un contrato de servicios públicos”** (Artículo 1°. Resalta la Sala).

De la definición se sigue, sin dubitación alguna, que la causa eficiente de la emisión de la cuenta de cobro (factura) es el consumo del suscriptor o usuario del servicio público domiciliario correspondiente. Y como claramente lo establece la Resolución CREG 108, la entrega de la factura es el paso final de un proceso que se conoce como facturación, esto es, **“Conjunto de actividades que se realizan para emitir la factura, que comprende: lectura, determinación de consumos, revisión previa en caso de consumos anormales, liquidación de consumos, elaboración y entrega de la factura”**. (Ibídem).

En concordancia con lo anterior, las actividades descritas, en particular la lectura, debe surtirse en un *periodo de facturación*: **“Lapso entre dos lecturas consecutivas del medidor de un inmueble, cuando el medidor instalado no corresponda a uno de prepagado”**. (ibíd.)

En consecuencia, el supuesto de hecho que regula el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, ocurre al **momento** de la elaboración de la factura y no antes (lectura, medición); es decir, no se refiere a errores u omisiones de la ESP ocurridos antes de la elaboración de la factura como podría ser en la lectura o en la medición de consumos, sino a errores u omisiones cometidos por la ESP en el momento de facturar. La investigación de desviaciones significativas merece comentario aparte, y la Sala lo abordará más adelante.

<sup>10</sup> El artículo 40 de la Resolución CREG 108 de 1997, la reproduce de manera idéntica.

En términos simbólicos la norma contempla la siguiente situación: dada una lectura  $X$ , la cual determina el consumo medido del suscriptor o usuario que al aplicar la tarifa correspondiente arroja un valor  $Y$ , la ESP al elaborar la factura por omitir alguno de los datos o por error, factura un valor  $Z$  el cual es cobrado al suscriptor o usuario. Dadas las anteriores circunstancias, se permite que dentro de los cinco (5) meses siguientes a la entrega de la factura, la ESP pueda cobrar el valor  $Y$ , que es el correcto, según la lectura y el consumo medido de ese suscriptor o usuario. Transcurrido dicho término no puede cobrar tales bienes y servicios no facturados.

Por tanto, se distingue: (i) la disposición general de facturación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 relativa al cobro de los bienes o servicios que las ESP **no facturaron** por error u omisión, dentro de los cinco meses siguientes a la entrega de la factura, de (ii) la **falta de medición** originada en la falta de lectura por razón imputable a la ESP para determinar el consumo del suscriptor o usuario, cuya consecuencia jurídica “hará perder el derecho a recibir el precio” a las ESP, prevista en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, norma especial de medición del consumo, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.

En otras palabras, no es admisible percolar, a propósito del cobro (este sí permitido) de lo no facturado por error u omisión, el cobro de bienes o servicios dejados de facturar por **falta de medición**, derivada de la falta de lectura, entendida esta como “*Registro del consumo que marca el medidor*” (artículo 1°, Resolución CREG 108 de 1997).

Por último, el artículo 150 de la Ley 142 prevé el caso de que la no facturación se deba a la “*investigación de desviaciones significativas*”, supuesto de hecho que si bien se verifica en el proceso de facturación mencionado en precedencia (“*Conjunto de actividades que se realizan para emitir la factura, que comprende: (...) revisión previa en caso de consumos anormales*”), su consecuencia jurídica no se contrae únicamente al artículo 150 de la Ley 142 de 1994, sino que exige la interpretación sistemática de este y del artículo 149 *ibídem*, así como de la Resolución 108 de la CREG:

**“Artículo 149.** De la revisión previa. Al **preparar las facturas**, es obligación de las empresas **investigar las desviaciones significativas** frente a consumos anteriores. **Mientras se establece la causa**, la factura se hará con base en la de períodos anteriores o en la de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes o mediante aforo individual; y al aclarar la causa de las desviaciones, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso”. (Se subraya).

Por su parte, las definiciones de la Resolución CREG 108 señalan que *consumo anormal* es el que “(...) *al compararse con los promedios históricos de un mismo suscriptor o usuario, o con los promedios de consumo de suscriptores o usuarios con características similares, presenta desviaciones significativas, de acuerdo con los parámetros establecidos por la empresa*” (Artículo 1°. Se subraya).

En tal sentido, el artículo 37 de la Resolución 108, dispone:



**“Artículo 37. Investigación de desviaciones significativas.** Para elaborar las facturas, es obligación de las empresas adoptar mecanismos eficientes que permitan someter su facturación a investigación de desviaciones significativas entre el consumo registrado del suscriptor o usuario durante un período de facturación y sus promedios de consumo anteriores.

**Parágrafo 1°.** Se entenderá por desviaciones significativas, en el período de facturación correspondiente, los **aumentos o reducciones** en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato.

**Parágrafo 2°.** La Empresa deberá practicar las visitas y realizar las pruebas técnicas que se requieran con el fin de precisar la causa que originó la desviación detectada en la revisión previa”. (Resalta la Sala).

El análisis de las normas transcritas ratifica que la facturación de las ESP debe seguir un proceso que exige (antes de la liquidación de los consumos y la elaboración de la factura) una revisión previa sobre la lectura realizada y la determinación del consumo, para verificar su normalidad o anormalidad frente a los consumos anteriores del suscriptor o usuario. Si de la revisión previa se determina que es normal, se seguirá con el proceso de elaboración de las facturas con base en la medición efectuada y la liquidación que corresponda. Si es lo segundo, se adelantará una investigación por desviaciones significativas, caso en el cual la ESP podrá facturar con base en el consumo de períodos anteriores o en el consumo de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual, según lo previsto en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 38 de la Resolución CREG 108 de 1997<sup>11</sup>.

Una vez aclarada la causa de la desviación, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso, en el período siguiente de facturación, según los artículos 149 de la Ley 142 y 39 de la Resolución CREG 108<sup>12</sup>.

Ahora, cuando la regulación alude al “siguiente período de facturación”, es preciso recordar que ese período está limitado por el artículo 150 de la Ley 142, en el sentido de que las ESP no podrán cobrar los bienes o servicios no facturados por investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, si han transcurrido más de 5 meses de la entrega de la factura en la que el servicio se cobró con base en un consumo estimado, esto es, de períodos anteriores, o en la de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual, según el caso<sup>13</sup>.

11 “Artículo 38. Facturación en caso de desviaciones significativas. Mientras se establece la causa de desviación del consumo, la empresa determinará el consumo con base en los consumos anteriores del usuario, o con los consumos promedios de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual, de acuerdo con lo establecido en los contratos de condiciones uniformes. En la factura de cobro deberá especificarse la causa de la desviación”.

12 “Artículo 39. Restablecimiento económico por desviaciones significativas. Una vez aclarada la causa de las desviaciones, la empresa procederá a establecer las diferencias entre los valores facturados, que serán abonados o cargados al suscriptor o usuario, según sea el caso, en el siguiente período de facturación”.

13 “CONSUMO ESTIMADO: Es el consumo establecido con base en consumos promedios de otros períodos de un mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios con características similares, o con base en aforos individuales de carga” (Resolución CREG 108 de 1997, Artículo 1°).

#### 4. Recapitulación

La interpretación realizada por la Sala en los apartados anteriores en relación con las normas de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CREG 108 de 1997, relativas a la medición, facturación y cobro del servicio público de energía eléctrica, puede sintetizarse de la siguiente manera:

- i) El deber de prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios involucra la medición de los mismos por parte de las ESP;
- ii) Es un derecho de los usuarios la medición de su consumo real y una obligación de las ESP realizar esa medición; correlativamente, el derecho que tienen las empresas de recibir el precio por el servicio prestado, deberá corresponder al valor de los consumos reales del usuario que arroje la medición;
- iii) La medición del consumo real del usuario es el elemento principal del precio del servicio que se cobra a través de la factura de servicios públicos; para la emisión de dicha factura deben surtirse una serie de pasos por parte de la ESP, entre los que se destacan, para efectos de la consulta, la noción de *“lectura”* y *“consumo medido”*;
- iv) La lectura es el factor que permite la determinación del consumo medido con base en la diferencia entre lectura actual y lectura anterior del medidor;
- v) Todo suscriptor o usuario deberá contar con equipo de medición individual de su consumo con excepción de los *“inquilinos”*, y de los usuarios incluidos en planes especiales de normalización del servicio” (artículo 24 de la Resolución CREG 108 de 1997);
- vi) Es deber de las ESP constatar el debido funcionamiento del medidor, a efectos de que dicho instrumento permita determinar *“en forma adecuada el consumo”* (artículo 144, Ley 142 de 1994); la diligencia de la ESP en el cumplimiento de este deber tiene como recompensa que pueda cobrar el consumo promedio; la omisión de tal deber hará que pierda el derecho a recibir el precio;
- vii) Las ESP tienen el deber legal de efectuar la lectura de los medidores lo cual arrojará el consumo medido; de esta manera, la *“lectura”* y el *“consumo medido”* son los insumos esenciales que permiten adelantar el proceso de facturación, ya que con ellos se determinará el consumo a facturar y su liquidación, pasos indispensables para emitir la factura de servicios públicos. *“Corresponderá a la empresa probar que realizó las diligencias oportunas para efectuar la medición en las oportunidades previstas en el contrato”* (parágrafo 1° del artículo 30 de la Resolución CREG 108 de 1997);
- viii) En el contexto normativo del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997, el supuesto de hecho *“falta de medición”* corresponde a un incumplimiento, por acción u

omisión, del deber de la empresa de medir con instrumentos los consumos de los usuarios (ausencia de medidores), o a la omisión de lectura del medidor. De esta manera, verificado el incumplimiento de la empresa (supuesto de hecho), emerge la consecuencia jurídica: la pérdida del derecho a recibir el precio;

- ix) En consecuencia, si la falta de medición obedece a una falta de lectura, por acción u omisión de la ESP, la consecuencia jurídica es la pérdida del derecho a recibir el precio;
- x) Es preciso indicar que en relación con el supuesto de hecho predicable de las ESP, el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 presume que la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario, se constituye en una omisión de la empresa –que traerá como consecuencia la pérdida del derecho a recibir el precio–;
- xi) El artículo 150 de la Ley 142 de 1994 prevé que ante un error u omisión que lleva a que no **se facturen** los bienes y servicios prestados, la consecuencia jurídica será que la ESP pueda cobrarlos dentro de los cinco (5) meses siguientes a la entrega de la factura al suscriptor o usuario y que transcurrido dicho término no pueda cobrar tales bienes y servicios no facturados;
- xii) Por tanto, se distingue la disposición del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 relativa al cobro de los bienes o servicios que las ESP no facturaron por error u omisión, dentro de los cinco meses siguientes a la entrega de la factura, de la falta de medición originada en la falta de lectura, por acción u omisión de la ESP, para determinar el consumo del suscriptor o usuario, cuya consecuencia jurídica “hará perder el derecho a recibir el precio” a las ESP, prevista en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997. En otras palabras, no es admisible percolar, a propósito del cobro (este sí permitido) de lo no facturado por error u omisión, el cobro de bienes o servicios dejados de facturar por falta de medición, derivada de la falta de lectura;
- xiii) Cuando en el proceso de elaboración de las facturas se determine un consumo anormal, se adelantará una investigación por desviaciones significativas. En este caso la ESP podrá facturar con base en el consumo de períodos anteriores o en el consumo de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual, según lo previsto en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 38 de la Resolución CREG 108 de 1997, y
- xiv) Una vez aclarada la causa de la desviación, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso, en el periodo siguiente de facturación, según los artículos 149 de la Ley 142 y 39 de la Resolución CREG 108, sin que puedan cobrarse bienes o servicios no facturados por investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, si han transcurrido más de 5 meses de la entrega de la factura

en la que el servicio se cobró con base en un consumo estimado, esto es, con base en el consumo de períodos anteriores o en el consumo de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual, según el caso.

#### d. El deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado

### 1. Vinculación de la Administración al precedente

Dispone el artículo 10 del CPACA, lo siguiente:

*“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”.*

La Sala analizó la norma transcrita, así como las previstas en el artículo 102, 269 y 270 del CPACA en el Concepto 2177 de 2013 y al efecto señaló la importancia que para el ordenamiento jurídico tiene la unificación de la jurisprudencia en cabeza de los órganos de cierre y su carácter vinculante, la cual en el caso del Consejo de Estado no nace con la Ley 1437 de 2011 ni depende exclusivamente de ella, pues aquella es inherente a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le reconoce a la Corporación el artículo 237-1 de la Constitución Política<sup>14</sup>, tal como ya lo hacía la Carta de 1886<sup>15</sup>. En consecuencia, el deber de las autoridades administrativas y judiciales de hacer una interpretación uniforme y coherente de las normas jurídicas y de garantizar el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica es un mandato general, directo y de aplicación inmediata que se debe cumplir en cualquier actuación administrativa<sup>16</sup>.

La Sala observó que la línea jurisprudencial fijada en la Sentencia C-539 de 2011 fue desarrollada y ratificada en las Sentencias C- 634 y C-816 de 2011 y C-588 de 2012 a partir de la revisión de constitucionalidad de los artículos 10, 102 y 269 del CPACA, respectivamente.

En estas providencias se evidencia la evolución del principio de legalidad, que en su concepción clásica hacía énfasis en la sujeción formal de la Administración a la ley y que actualmente está referido a la observancia de la totalidad del ordenamiento jurídico, en cuyo vértice se encuentra la Constitución Política: Así, no es un simple cambio lingüístico

14 “5.4.2.5. Así, de la condición de “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”, de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, de “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” que les fija la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, surge el encargo de unificar la jurisprudencia en las respectivas jurisdicciones, tarea implícita en las atribuciones asignadas a la primera como tribunal de casación, en la de cierre jurisdiccional de lo contencioso administrativo del segundo, y en la función de guardián de la Constitución y de revisor de las decisiones judiciales de tutela de los derechos fundamentales que tiene la Corte Constitucional. Y de tal deber de unificación jurisprudencial emerge la prerrogativa de conferirle a su jurisprudencia un carácter vinculante. En otras palabras, el valor o fuerza vinculante, es atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial en su jurisdicción”. (Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011).

15 “Artículo 137. El Consejo se dividirá en Salas o Secciones para separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley”.

16 Corte Constitucional, sentencia SU-1122 de 2001.

que el nuevo CPACA se refiera de forma expresa a la sujeción de las autoridades a “la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico” (artículo 1°), en reemplazo de las fórmulas clásicas que utilizaba el Decreto 01 de 1984 cuando establecía que las actuaciones administrativas tenían por objeto el cumplimiento de los fines estatales *como lo señalan las leyes* y la protección de los derechos *reconocidos en la ley* (artículo 2°).

De manera que en ese nuevo entendimiento del principio de legalidad, las autoridades administrativas están sujetas también a la interpretación que de las normas aplicables al caso hacen los órganos de cierre de cada jurisdicción, lo cual asegura la validez de sus decisiones y la plena efectividad de los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, tal como lo sostuvo la Sala en el Concepto 2177 –que reitera en su integridad–, y por tanto:

- i) Las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias del Consejo de Estado en las que se han interpretado las normas aplicables al caso concreto;
- ii) El deber de observar las interpretaciones hechas por el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, forma parte *del debido proceso y del principio de legalidad* al que se encuentran sujetas las autoridades administrativas; por tanto, su inobservancia afecta directamente la validez de las decisiones administrativas;
- iii) El deber de motivación adecuada de los actos administrativos (artículos 29 C. P. y 42 CPACA) conlleva para las autoridades administrativas la obligación de considerar expresamente no solo la normatividad aplicable al caso concreto, sino también la jurisprudencia de los órganos de cierre en que dichas normas se han interpretado;
- iv) Las autoridades administrativas no pueden invocar el principio de autonomía judicial del artículo 230 de la Constitución Política para defender una facultad de autonomía interpretativa de las normas; por tanto, en su caso, la vinculación a las sentencias de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa es aún *más estricta* de lo que lo es para los propios jueces;
- v) La posibilidad de *apartamiento* del precedente judicial por las autoridades administrativas solo procede de manera excepcional y exige una carga rigurosa de argumentación que debe ser suficiente y motivada, y
- vi) En los casos en que aún no exista una interpretación aplicable al asunto, o **existan interpretaciones judiciales disímiles que no han sido unificadas**, la Administración está obligada en todo caso a optar de manera motivada por la interpretación que mejor desarrolle los principios y valores constitucionales y la protección de los derechos reconocidos a las personas.

En consideración a que el artículo 10 del CPACA desarrolla los distintos postulados superiores que han sido expuestos en este concepto sobre el carácter vinculante de las decisiones de las altas cortes, la Corte Constitucional declaró exequible esa norma mediante sentencia C-634 de

2011<sup>17</sup>, toda vez que el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho, opción adoptada por el legislador en dicho artículo, se funda en considerar que los textos normativos, bien sean constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.

En esa medida, cuando las entidades estatales adoptan decisiones administrativas sin tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre, se convierten en agentes de conflictividad y congestión judicial, en contravía de los fines del Estado Social de Derecho (art. 2° C. P.). Igualmente, contrarían los principios de economía, eficiencia, eficacia, igualdad y responsabilidad administrativa (artículo 209 C. P. y 3° CPACA). Además, se infringe la obligación que tienen los funcionarios administrativos de hacer efectivos los derechos ciudadanos (lo que constituye falta disciplinaria) artículo 31 CPACA) y se quebranta el deber de los servidores públicos de cumplir con diligencia y eficiencia el servicio encomendado (artículo 34-1 y 2 de la Ley 734 de 2002).

## **2. El valor de las sentencias del Consejo de Estado que no son de unificación – valor como precedente**

En relación con el deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta las decisiones del Consejo de Estado para solucionar asuntos que se presentan en sede administrativa es necesario hacer una precisión, dadas las inquietudes formuladas en la consulta. Podría pensarse que los diversos mecanismos de activación judicial y administrativa de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial<sup>18</sup> establecidos en la Ley 1437 de 2011, conllevan de suyo que las demás sentencias del Consejo de Estado que *no tienen esa condición* carecen de todo efecto vinculante al momento de adoptar las decisiones administrativas; sería tanto como decir que cuando no hay sentencias de unificación jurisprudencial en los términos del artículo 270 del CPACA, la Administración puede actuar con absoluta libertad de interpretación a pesar de que exista un precedente claro y específico aplicable al caso concreto o incluso jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

La Sala aclara que dicho entendimiento no es posible y resulta contrario a la Constitución. Si bien es cierto que los mecanismos de los artículos 102 y 269 (extensión de jurisprudencia); 256 (recurso extraordinario de unificación) 272 (revisión eventual de acciones populares y de grupo) y 271 (traslado de asuntos a la Sala Plena del Consejo de Estado y de sus Secciones) exigen para su procedencia una sentencia de unificación jurisprudencial en la forma definida en el artículo 270 del CPACA, ello no significa que las demás sentencias del Consejo de Estado hayan perdido su valor como precedente a tener en cuenta por la Administración al momento de adoptar sus decisiones, tal como ya se señaló.

17 “...en el entendido de 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”.

18 “Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

Al respecto se pronunció expresamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-588 de 2012 al declarar exequible el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y rechazar el cargo relacionado con la pérdida de valor de las sentencias del Consejo de Estado no incluidas en la definición de dicho artículo:

*“5.2.5. Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión en el mecanismo de extensión de otras sentencias del Consejo de Estado distintas de las de unificación jurisprudencial, téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias –las sentencias de unificación jurisprudencial– a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado”. (Se resalta).*

De esta manera, las entidades estatales al momento de adoptar las decisiones administrativas están obligadas a: (i) identificar las normas aplicables al caso; (ii) identificar y aplicar las sentencias de los órganos de cierre en que dichas normas se hayan interpretado (sean o no de unificación), salvo que existan razones constitucionales serias y fundadas para apartarse de dicho precedente; (iii) en el evento en que no haya una interpretación judicial previa de las normas aplicables o que estas sean contradictorias, deberá preferirse la interpretación que mejor desarrolle los valores, principios y derechos constitucionales; (iv) en cualquier caso, será necesario hacer una motivación expresa y suficiente sobre la existencia o no de un precedente judicial y de su aplicación o apartamiento; y (v) cuando haya una sentencia de unificación jurisprudencial todos los anteriores deberes se verán reforzados y serán aún más exigentes, en la medida en que permitirán activar, adicionalmente, los mecanismos previstos en la Ley 1437 de 2011.

#### **e. Pronunciamientos jurisprudenciales en relación con la medición y facturación de los servicios públicos**

##### **1. Consejo de Estado – Sección Primera**

###### **1.1. Sentencia del 20 de septiembre de 2002. Radicación n.º: 25000-23-24-000-1999-0250-01(7042), C. P. Camilo Arciniegas Andrade**

- a) Los hechos y lo que se demanda: El proceso tuvo origen, en lo pertinente, en la sanción impuesta por la ESP al comprobar fraude en el servicio de energía. La liquidación de la sanción se hizo con base en el historial de consumos y pagos que el sistema expide sobre la base de las lecturas tomadas en cada medidor y de los pagos realizados, que permitió establecer a ciencia cierta que la anomalía ocurrió desde el 6 de octubre de 1993 hasta el 10 de enero de 1997.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante, SSPD) al resolver el recurso de apelación interpuesto por el sancionado lo exoneró del pago de cualquier suma originada por las anomalías del medidor, por considerar que la acción había caducado. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la ESP solicitó que se declarara la nulidad de resolución de la SSPD que resolvió el recurso de apelación.

- b) Sentencia de primera instancia: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda toda vez que se probó que la ESP con su actuar negligente, violó la Ley 142 de 1994, pues no obstante conocer por las facturas mensuales que desde hacía más de tres años se presentaba una alteración en la facturación del servicio de energía, adoptó una posición pasiva, cuando ha debido dar aplicación al artículo 149 ibídem. Por tanto, el Tribunal concluyó que no existió fraude imputable al usuario, y menos cuando este demostró que no adulteró los equipos ni alteró la medición de los consumos mensuales.
- c) Consejo de Estado: Afirma que es del resorte de las ESP velar por el funcionamiento adecuado de los instrumentos de medición del consumo, según el artículo 144 de la Ley 142 de 1994. En este sentido se constató que el análisis histórico de los consumos del inmueble del usuario sancionado evidenció que por más de tres años consecutivos la empresa omitió medir el consumo real, lo que también se demuestra con las facturas de cobro del servicio que en ese lapso registraron “consumo 0” y prueba además que la falta de medición del consumo real facturable se debió a omisión imputable a la empresa prestadora del servicio de energía, puesto que estas le permitían detectarla.

A causa de la referida omisión, la empresa perdió el derecho a recibir el precio, al tenor de lo preceptuado por el inciso 4° del artículo 146 de la Ley 142, concordante con los artículos 149 y 150 ibídem.

Por tanto, confirmó la sentencia impugnada.

**1.2. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación n.º: 25001-23-27-000-2003-00456-01, C. P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta**

- a) Los hechos y lo que se demanda: El proceso tuvo origen, en lo pertinente, en la reclamación realizada por una empresa social del Estado respecto de la facturación emitida por una empresa de servicio público (ESP) de energía eléctrica que incluyó cobros por períodos anteriores. Contra la decisión de la ESP se presentó recurso de apelación ante SSPD, el cual fue resuelto en el sentido de modificar la decisión de la ESP para disponer que esta pierde el derecho a recibir el precio del consumo desde el mes de julio de 2000, lectura 4241 hasta la lectura 5121 efectuada el 2 de febrero de 2001, debiendo abonar al usuario los kilovatios cancelados en consumos posteriores.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la ESP solicitó



que se declarara la nulidad del acto administrativo proferido por la SSPD, por dejar de aplicar los artículos 99.9 y 150 de la Ley 142 de 1994 y 30, 31.2 y 47 de la Resolución CREG 108, así como los artículos 25 y 27 del Decreto 1842 de 1991; pues tratándose de una controversia contractual se le deben aplicar las normas que regulan íntegramente esa institución relacionadas con las facturas, y lo que hizo la SSPD fue centrar su análisis solamente en la determinación del consumo facturable, desconociendo el derecho de la actora de cobrar en periodos posteriores los servicios prestados en periodos anteriores.

- b) Sentencia de primera instancia: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó los cargos de la demanda al considerar que según el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 el consumo promedio opera solo cuando no sea posible la medición razonable del consumo y esa situación no se derive de la acción u omisión de alguna de las partes; en el proceso se probó que el medidor o equipo de medida del usuario se encontraba en perfectas condiciones y pese a ello entre octubre de 2000 y hasta junio de 2001, la ESP le liquidó al usuario el precio del servicio con base en promedio, sin demostrar que esas liquidaciones se debieron a circunstancias ajenas a la ESP, no derivadas de su acción ni de su omisión.

El Tribunal afirmó que de acuerdo con el artículo 146, inciso 4º, la falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio, por lo que no existe confusión por parte de la SSPD al “interpretar LECTURA y CONSUMO, pues para determinar el consumo es necesario hacer la lectura del equipo de medida”. (Mayúsculas textuales).

- c) Consejo de Estado: Fijó el problema jurídico en que la “actora promedió el consumo del usuario en los periodos noviembre y diciembre de 2000, enero, marzo y abril 2001, por no permitir lectura (sic), el cual resultó inferior al real debido a que la lectura arrojaba un consumo por fuera de rango virtud del recurso (sic), resultando un excedente que se determinó y liquidó en las facturas de los periodos 03 de enero-2 de febrero y 4 de abril-4 de mayo de 2001 (...) Al efecto la Empresa, en el acto modificado, dice que se basó en la diferencia que resultó de las lecturas reales tomadas entre el 02/02/01 5121 y 04/10/00 4622, y en esta instancia insiste **en que sí hizo las mediciones de cada período, con base en lo cual estableció el consumo real del lapso mencionado, ya que el medidor está funcionando en perfectas condiciones**; de modo que el problema fue de la lectura, concepto este muy distinto al de la medición, y que por ello se violaron, entre otros, los artículos 99.9, 146 y 150 de la Ley 142 de 1994”.

Para resolver dicho problema, la Sección Primera acude a la interpretación de los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994, toda vez que el acto acusado se basa en la primera norma citada. En tal sentido afirma que se advierte una errada interpretación del artículo 146, toda vez que se confunde “medición del consumo con la lectura de la misma, de allí que en realidad lo que se pretende es aplicarle a la actora las consecuencias de dicho artículo por no haber facturado el servicio con base en lo efectivamente registrado en los medidores del usuario, que según consta en autos estaban funcionando normalmente, **sino con base en**

**promedio por los periodos anotados, siendo que esa consecuencia en contra de la empresa solo se produce es a falta de medición por omisión o acción de la empresa, es decir, cuando no se registra el consumo que se va dando por el usuario; lo cual puede ocurrir por no instalación de medidor o por falta de funcionamiento de este debido a razones atribuibles a la empresa”.**

Agrega la Sección Primera: “situación distinta es que la empresa **no lea esas mediciones y que no facture con base en las mismas, y que por esa omisión deje [de] facturar parte de o todo el consumo que se hubiere causado**, caso este que podría dar lugar a cobro no oportuno si ese consumo no facturado se pretendiera cobrar en periodos posteriores, evento que habría que examinar a la luz de la hipótesis prevista en el anotado artículo 150, en virtud del cual la empresa no puede cobrar lo dejado facturar al cabo de cinco (5) meses, y a lo que la actora atendió en este caso, ya que el exceso encontrado **sobre el promedio facturado solo lo extendió hasta el mes de octubre de 2000, de modo que se abstuvo de cobrarlos por los meses anteriores**, y así lo pone de presente en la correspondiente liquidación que hizo con fundamento en la lectura realizada en el mes de febrero.// De modo que en efecto la entidad demandada y el *a quo* confundieron la falta de medición, que se regula por el artículo 146, con los cobros inoportunos”.

Y concluye: “si por esa falta de lectura del consumo **realmente medido** la actora incurrió en alguna irregularidad que merezca alguna sanción, no es a la luz del artículo 146 que deba enjuiciarse esa eventual irregularidad, pues esa norma no guarda relación con omitir la lectura del medidor para facturar el servicio, ni fue el tema discutido en sede administrativa. La situación de que se ocupa ese artículo **es la de omitir la medición del consumo**. //Así las cosas, es claro que hubo violación del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, por indebida aplicación en este caso, y el artículo 150 ibídem por falta de aplicación, de allí que el recurso examinado tenga vocación de prosperar” (Todos los textos subrayados de este literal son de la Sala).

Por lo tanto revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró la nulidad del acto demandado y el consecuencial restablecimiento del derecho.

### **1.3. Sentencia del 23 de agosto de 2007. Radicación n.º: 25001-23-27-000-2001-0641-01(9041), C. P.: Camilo Arciniegas Andrade**

- a) Los hechos y lo que se demanda: El proceso tuvo origen, en lo pertinente, en la visita de inspección practicada por la ESP que encontró anomalías (adulteración) en el medidor eléctrico que tenía *“invertidos los piñones del numerador y roto el sello de la caja de conexiones”*, por lo que la ESP realizó “liquidación de aforo” y cobró al actor \$13'828.565.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se solicitó que se declarara la nulidad de la liquidación de aforo y de los actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y apelación, este último ante la SSPD, por ser violatorios del debido proceso y el derecho de defensa.

- b) Sentencia de primera instancia: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la

nulidad del acto acusado toda vez que el actor no contó con todas las garantías procesales que le permitieran ejercer su derecho de defensa. Afirmó, además, que no puede exonerarse a la empresa “a pretexto de que el artículo 144 de la Ley 142 de 1994 impone al usuario la obligación de velar por la seguridad del medidor, por cuanto el artículo 145 ibidem preceptúa que las condiciones uniformes del contrato obligan tanto a la empresa como al suscriptor o usuario a adoptar precauciones eficaces para evitar que se alteren los instrumentos de medición del consumo”. Constató la negligencia de la empresa pues no obstante reconocer que desde el año 1998 la medición del consumo era notoriamente inferior al de los demás inmuebles del sector y al registro histórico del inmueble, omitió cumplir con la obligación de **investigar las desviaciones significativas** frente a consumos anteriores que le impone el artículo 149 de la Ley 142 de 1994.

- c) Consejo de Estado: Al resolver la apelación llegó a la conclusión de que los derechos de defensa y debido proceso del actor fueron garantizados por la ESP en la actuación administrativa que culminó con el cobro de las anomalías encontradas en el medidor eléctrico, tal como se advierte en el acta de revisión y en la Liquidación de Aforo, toda vez que se le otorgó el derecho de rendir descargos y de interponer los recursos contra esta última, tanto así que interpuso recurso de reposición ante la empresa y el de apelación ante la SSPD.

Por lo tanto revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, denegó las súplicas de la demanda.

**1.4. Sentencia del 12 de junio de 2014. Radicación n.º: 11001-03-24-000-2011-00194-00. C. P.: María Elizabeth García**

- a) La demanda: En ejercicio de la acción de nulidad prevista en el antiguo artículo 84 del C. C. A., se demandaron los artículos 32 y 34 de la Resolución CREG 108 de 3 de julio de 1997 que disponen la medición del consumo a través del sistema de promedio para los usuarios de escasos recursos económicos y los ubicados en asentamientos subnormales. En criterio del actor, las normas demandadas vulnerarían el artículo 9º de la Ley 142 de 1994 que establecen, entre otros derechos de los usuarios, “*el de obtener de las empresas la medición de sus consumos reales*”.
- b) Decisión: La Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de sus competencias expidió la Resolución CREG 108 de 1997, por la cual señaló los criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de energía eléctrica y gas combustible por red física.

En los artículos 32 y 34 se establecen unas reglas razonables que garantizan el acceso de los suscriptores o usuarios del servicio público de energía eléctrica en condiciones de subnormalidad o marginalidad, o que por situaciones técnicas, de seguridad o de interés social, **no tienen acceso a los equipos de medición individual**; en los casos precitados tales normas permiten determinar el consumo sin equipo de medida a través del promedio, garantizando los derechos, oportunidades y trato igualitario de las personas que, en circunstancias excepcionales, tienen derecho a recibir los servicios mencionados. Sostiene

la Sección Primera que la **medición del consumo por el sistema de promedio** debe ser vista como un instrumento alternativo equitativo en circunstancias que, como las anotadas, resulte difícil la medición por métodos técnicos y de manera individual.

Por estos motivos, considera la Sección, que los cargos contra los artículos 32 y 34 de la Resolución 108 de la CREG no están llamados a prosperar y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda.

## 2. Consejo de Estado – Sección Quinta

### 2.1. Sentencia del 18 de marzo de 2004. Radicación n.º: 08001-23-31-000-2003-2448-01(ACU). C. P.: María Nohemí Hernández Pinzón

- a) Los hechos y lo que se demanda: Asegura el actor que la ESP no ha instalado el aparato medidor de energía en su inmueble, por lo que desde hace 3 años el consumo se factura de forma estimada, muy por encima del consumo real. Agregó que los demás inmuebles del sector tienen instalados los respectivos medidores de energía. El actor solicitó a la ESP el cumplimiento del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, toda vez que la ESP, a pesar de las solicitudes del actor, no ha instalado dicho medidor y ante el no pago del servicio, la ESP suspendió el servicio de energía.

En ejercicio de la acción de cumplimiento se solicita la observancia del citado artículo 146, para lo cual la ESP deberá proceder de manera inmediata a instalar el medidor en el inmueble y a descontar la deuda que viene cobrando y facturando por el servicio de energía en el mismo inmueble, a partir del *“sexto mes de instalado el servicio de energía hasta cuando se instale el respectivo medidor, además deberá REPETIR lo pagado en el mismo período y condición, enunciado anteriormente, por constituir PAGO DE LO INDEBIDO, con base en la misma norma”*. (Mayúsculas textuales).

- b) Sentencia de primera instancia: El Tribunal Administrativo del Atlántico estimó que si bien es cierto que el actor está en mora con la ESP, no es menos cierto que tiene derecho a que se le instale el medidor de conformidad con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994. Por tanto, considerando que tal obligación ha sido omitida por la ESP, le ordenó el inmediato cumplimiento de dicha norma.
- c) Consejo de Estado: Para resolver la apelación interpretó el artículo 146 de la Ley 142 que señala el derecho tanto de la empresa como del suscriptor o usuario a la medición del consumo del respectivo servicio a través de los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles. Asimismo, en la parte final del inciso cuarto indica que *“es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario”*. Ante la imposibilidad de medir el consumo a través de los aparatos indicados, la norma en comento prevé la posibilidad de hacerlo con base en los consumos de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares.

La ESP alegó que no le ha sido posible cumplir con el artículo 146 de la Ley 142 dada la inexistencia de redes de transmisión adecuadas, y que el poste más cercano se encuentra a 50 metros del inmueble del actor. No obstante, la afirmación del actor según la cual los demás inmuebles del sector tienen instalado el aparato medidor de energía no fue desvirtuada por la ESP, por lo que no es de recibo la imposibilidad técnica que este adujo para no acceder a la solicitud del actor. Además, según la factura y el estado de cuenta del servicio de energía tal situación se ha prolongado durante un tiempo que excede ostensiblemente los seis meses previstos en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994.

Ante tales circunstancias, si bien esa disposición prevé otras formas de medir el consumo, **también dispone que la forma idónea y adecuada de hacerlo es a través de los aparatos técnicos disponibles, lo que constituye un derecho de las empresas y de los usuarios y, además, una obligación expresa de carácter legal a cargo de las empresas.** Aunado a lo anterior, se tiene que el actor ha solicitado con anterioridad al proceso directamente a la ESP el cumplimiento de la norma en cita, la cual ha omitido su deber con argumentos que no le son atribuibles al actor y que deben ser resueltos por aquella en beneficio de sus usuarios o suscriptores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 que establece el derecho de las empresas prestadoras de servicios públicos de construir, operar, modificar e instalar las redes necesarias para la prestación del servicio y, la obligación de aquellas de efectuar el mantenimiento y la reparación de las mismas.

Por lo tanto, a pesar de existir una “*imposibilidad técnica*”, teniendo en cuenta el tiempo durante el cual se ha prolongado tal situación en perjuicio del actor, corresponde declarar el incumplimiento de la ESP del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, y ordenarle a la empresa realizar las gestiones necesarias para solucionar el problema de redes del sector y demás dificultades técnicas donde está ubicado el inmueble del actor para que, luego de solucionados tales inconvenientes, instale el aparato medidor de energía.

De esta manera se modifica el fallo apelado, en el sentido de ordenar a la ESP realizar las gestiones necesarias para solucionar el problema de redes y demás dificultades técnicas que se presentan en el sector donde está ubicado el inmueble del actor, que impiden la instalación del aparato medidor de energía y, luego de solucionar tales problemas, proceder a instalar el aparato medidor de energía en el inmueble del actor dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

### 3. Análisis de la Sala

Lo primero que debe señalar la Sala es que las sentencias citadas, en particular la del 16 de agosto de 2007 aludida expresamente en la consulta, no tienen el carácter de sentencias de unificación jurisprudencial y, por ende, con base en ellas no se activan los mecanismos previstos en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011, relativos a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Ahora, esto no impide que tengan valor como precedente en los términos que han sido expuestos.

En esencia las conclusiones a las que se arriba en las citadas providencias corresponden a la interpretación que la Sala ha realizado en el presente concepto, en particular, la obligación

de las ESP de medir el consumo, la diligencia que deben emplear en tal medición y que sea el consumo real el factor determinante del precio que se cobra por el servicio.

La Sala entiende que la *ratio decidendi* de la sentencia del 16 de agosto de 2007 parte del supuesto de que el consumo fue “realmente medido” por la ESP, y en ese contexto fáctico realiza la interpretación de los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994, los cuales como lo señala la sentencia y también lo entiende la Sala, según se expuso, regulan supuestos fácticos y consecuencias jurídicas diferentes, con mayor razón cuando el artículo 146 no distingue las razones que llevan a la “*falta de medición*”.

En consecuencia, la Sala ratifica que el supuesto de hecho “*falta de medición*” corresponde a un incumplimiento del deber de la empresa de medir con instrumentos los consumos de los usuarios (ausencia de medidores), o a la omisión de lectura del medidor; incumplimiento que se da por “*acción u omisión*” de la misma empresa. De esta manera, verificado el incumplimiento de la empresa (supuesto de hecho), emerge la consecuencia jurídica: la pérdida del derecho a recibir el precio, por expresa disposición del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.

Debe reiterarse que el artículo 146 de la Ley 142, así como la Resolución CREG 108, tienen por finalidad la protección de los derechos de los usuarios y que según el párrafo 1° del artículo 30 de la Resolución 108, la carga de la prueba sobre la oportunidad y diligencia en la medición del consumo está es radicada en las ESP<sup>19</sup>.

Por su parte, el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 prevé que, ante un error u omisión de la ESP que lleva a que no **se facturen** los bienes y servicios prestados, la consecuencia jurídica será que la ESP pueda cobrarlos dentro de los cinco (5) meses siguientes a la entrega de la factura al suscriptor o usuario y que transcurrido dicho término no pueda cobrar tales bienes y servicios no facturados. Fue precisamente esta situación la que consideró el Consejo de Estado, Sección Primera, en la sentencia del 16 de agosto de 2007, Radicación n.º: 25001-23-27-000-2003-00456-01.

Por tanto, se distingue: (i) la disposición general de facturación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 relativa al cobro de los bienes o servicios que las ESP no facturaron por error u omisión, dentro de los cinco meses siguientes a la entrega de la factura, de (ii) la falta de medición originada en la falta de lectura imputable a la empresa, para determinar el consumo del suscriptor o usuario, cuya consecuencia jurídica “hará perder el derecho a recibir el precio” a las ESP, prevista en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, norma especial de medición del consumo, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.

En otras palabras, no es admisible percolar, a propósito del cobro (este sí permitido) de lo no facturado por error u omisión, el cobro de bienes o servicios dejados de facturar por **falta de medición**, derivada de la falta de lectura, entendida esta como “*Registro del consumo que marca el medidor*” (artículo 1°, Resolución CREG 108 de 1997).

19 *Corresponderá a la empresa probar que realizó las diligencias oportunas para efectuar la medición en las oportunidades previstas en el contrato.* (Subraya la Sala).

**f. Improcedencia de pronunciamiento judicial previo en relación con la pérdida del derecho de la empresa de servicios públicos a recibir el precio por falta de medición**

**1. Obligación por ministerio de la ley**

El artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en lo relativo a la falta de medición, es una disposición que contiene un supuesto de hecho –precisamente la “*falta de medición*” que se verifica con el incumplimiento, por acción u omisión, del deber de la empresa de medir con instrumentos los consumos de los usuarios (ausencia de medidores), o la omisión de lectura del medidor– y una consecuencia jurídica, la pérdida del derecho de la empresa a recibir el precio<sup>20</sup>. Correlativamente, ante dicha consecuencia jurídica, los suscriptores o usuarios no están obligados a pagar el precio derivado de la falta de medición.

Claramente es una obligación que tiene como fuente la ley<sup>21</sup> y, por lo mismo, las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento se producen por ministerio de la misma ley. En efecto, si la ESP tiene el deber jurídico (obligación) de realizar la medición del servicio, el incumplimiento de ese deber (falta de medición) beneficia a la otra parte, suscriptor o usuario, por lo que la consecuencia desfavorable de la pérdida del derecho a recibir que recae en la ESP, favorece a los suscriptores o usuarios y se traduce en el derecho de no estar obligados a pagar dicho precio.

Por tanto, “perder el derecho a recibir el precio” por ministerio del artículo 146 de la Ley 142 de 1994 no corresponde a una sanción para la ESP, sino que se trata de una consecuencia de su incumplimiento, lo que significa una desventaja para el incumplido y una ventaja jurídica para el suscriptor o usuario. Lo que la norma prevé, a contrario sensu, es el derecho de las ESP a recibir el precio, previo el cumplimiento del deber jurídico de medir el consumo real de los usuarios, por lo que no asumir ese deber genera la consecuencia jurídica propia de su inactividad (omisión), la cual obviamente es desfavorable (perder el precio).

**2. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) en relación con la consecuencia jurídica prevista en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994**

La Constitución dispuso directamente la existencia de una entidad especializada, la citada Superintendencia, a través de la cual el Presidente de la República ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. (Artículo 370 C. P.).

Como se explicó el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 consagra un derecho de los suscriptores o usuarios de las ESP, por el incumplimiento del deber jurídico de realizar la medición del consumo real de tales sujetos. Considera la Sala que exigir la observancia de lo dispuesto en el citado artículo 146, constituye una función esencial de la SSPD que encaja directamente en su actividad misional, según se dispone en el artículo 79-1 *ibidem*, toda vez que la SSPD

<sup>20</sup> “Las consecuencias a que da origen la producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones”.

<sup>21</sup> Artículo 1494 del Código Civil: “Las obligaciones nacen (...) por disposición de la ley...”.

debe *“Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes prestan servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados”*.

En el mismo sentido, la Ley 142 señala que los usuarios tienen derecho a presentar peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos (artículo 152) y dispone que *“el recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato”* (artículo 154). Igualmente dispone que contra los actos de facturación que realice la ESP proceden el recurso de reposición y apelación; este último se presentará ante la SSPD.

Como se ha demostrado en el análisis jurisprudencial realizado en este concepto, la SSPD usualmente ha conocido de la falta de medición del consumo en los recursos de apelación que contra los actos de facturación de las ESP presentan los usuarios ante esa entidad. Es pues un deber de la SSPD, al resolver tales recursos, obligar a las ESP a cumplir con los deberes jurídicos que el artículo 146 les impone y, en el evento en que se verifique el incumplimiento del deber de medición del consumo real del servicio, derivar por ministerio de la ley la consecuencia jurídica de la pérdida del precio, según se ha explicado, toda vez que de no hacerlo omite el ejercicio de sus funciones constitucional y legalmente asignadas. En particular desatendería el deber de proteger los derechos de los usuarios afectados directa e inmediatamente por la conducta antijurídica en que incurren las ESP.

### **3. Sentencia del 1° de diciembre de 2006, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, radicación 081233100020060145001**

La consulta alude a esta providencia, mediante la cual se decidió una impugnación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico, con ocasión de la acción de cumplimiento elevada por un usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica. Sobre la mencionada providencia en la consulta se afirma que en relación con la pérdida del derecho a recibir el precio el organismo consultante ha interpretado que *“se debe adelantar un proceso judicial para determinar la pérdida del precio, pues según esa corporación, esa disposición no implica el deber de reconocer tal pérdida”*.

Revisada en su integridad la citada sentencia, se observa que el demandante pretende que una ESP emita la factura con base en el consumo real reflejado por el medidor instalado en el inmueble, en razón a que la ESP lo hizo por promedio. Frente a lo anterior la Sección consideró que:

*“(…) De ser ciertas las afirmaciones del actor, el incumplimiento del deber contenido en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 ... se habría concretado en la factura de octubre de 2004 con la que se está en desacuerdo.*

*En esa medida, la forma idónea de oponerse al cobro en ella contenido es a través de los recursos previstos en el artículo 154 de la misma ley y, en caso de obtener decisiones igualmente desfavorables, ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que ciertos actos proferidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios han sido reconocidos por*



*la ley y la jurisprudencia como actos administrativos, dentro de los cuales se encuentran las facturas.*

*De manera que la acción de cumplimiento no puede servir como medio judicial para ordenar a la empresa demandada que reliquide el consumo promediado de octubre al inmueble del actor, porque su actuación se concretó en la factura cuya legalidad solo puede ser analizada por el juez de lo contencioso administrativo en sede del proceso ordinario antes mencionado”.*

Como puede advertirse, la providencia citada en modo alguno sostiene que la consecuencia jurídica de perder el precio por la falta de medición del consumo prevista en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, requiera de un proceso judicial para su efectividad. Lo que dice la sentencia es que el usuario inconforme con el acto administrativo de facturación, en el que no se reconoce esa consecuencia, debe utilizar los recursos administrativos previstos por la Ley 142 para controvertir dicho acto: reposición y apelación, este último ante la SSPD. Y si al decidir los recursos interpuestos aún no se encuentra conforme con la decisión administrativa, podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se examine la legalidad de esa decisión, al igual que sucede con cualquier acto administrativo de carácter particular<sup>22</sup>.

En consecuencia, no son de recibo las afirmaciones expresadas por el organismo consultante en cuanto a que la providencia de la Sección Quinta por él aludida exija adelantar un proceso judicial para que se reconozca la consecuencia jurídica prevista en la Ley 142 de 1994, toda vez que la consecuencia allí prevista puede ser reconocida en sede administrativa, según se ha expuesto en este concepto.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE:

1. *“Teniendo en cuenta las consideraciones previas relacionadas con el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, así como las analizadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ¿Qué debe entenderse por la expresión ‘falta de medición del consumo’ referida en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 y por ‘error, omisión, investigación de desviaciones significativas’ según el artículo 150 ibídem? ¿La ‘falta de lectura’ es equiparable a la omisión de la que habla el artículo 150 de la Ley 142 de 1994?”*

La medición del consumo real del usuario es el elemento principal del precio del servicio que se cobra a través de la factura de servicios públicos. Para la emisión de dicha factura debe surtirse un procedimiento por parte de la ESP, en cuyas etapas iniciales se destacan las nociones de “lectura” y “consumo medido”.

<sup>22</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

El supuesto de hecho “*falta de medición*” previsto en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 puede darse por causa ajena a las partes del contrato de servicios públicos, o por acción u omisión de las partes, esto es, de la empresa de servicios públicos o del suscriptor o usuario, y en cada uno de esos supuestos la citada norma prevé consecuencias jurídicas diferentes.

En cuanto al supuesto de hecho “*falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa*”, previsto en el inciso 4° del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, corresponde a un incumplimiento, por acción u omisión, del deber de la empresa de medir con instrumentos los consumos de los usuarios, o a la omisión de lectura del medidor. De esta manera, verificado el incumplimiento de la empresa (supuesto de hecho), emerge la consecuencia jurídica: la pérdida del derecho a recibir el precio, por expresa disposición del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997.

El artículo 150 de la Ley 142 de 1994 prevé que ante un error u omisión que lleve a que no **se facturen** los bienes y servicios prestados, la consecuencia jurídica será que la ESP pueda cobrarlos dentro de los cinco (5) meses siguientes a la entrega de la factura al suscriptor o usuario y que transcurrido dicho término no pueda cobrar tales bienes y servicios no facturados.

Por tanto, debe distinguirse lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 relativo al cobro de los bienes o servicios que las ESP **no facturaron** por error u omisión, dentro de los cinco meses siguientes a la entrega de la factura, de la **falta de medición** originada en la falta de lectura –por acción u omisión de la empresa–, para determinar el consumo del suscriptor o usuario, cuya consecuencia jurídica “hará perder el derecho a recibir el precio” a las ESP, prevista en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997. En consecuencia, no es admisible percolar, a propósito del cobro (este sí permitido) de lo no facturado por error u omisión, el cobro de bienes o servicios dejados de facturar por **falta de medición**, derivada de la falta de lectura, entendida esta como “*Registro del consumo que marca el medidor*” (artículo 1°, Resolución CREG 108 de 1997).

2. *“Como quiera que ‘la falta de medición del consumo’ puede involucrar situaciones que configuran ‘falta de lectura’, y por consiguiente las consecuencias jurídicas serían distintas ¿en todo caso los supuestos de hecho que dan lugar a una u otra circunstancia deben estar contemplados en la jurisprudencia, teniendo en cuenta la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales, según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011?”*

La Sala agrega, siempre con base en la respuesta anterior, que las sentencias de unificación del Consejo de Estado vinculan a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de conformidad con los artículos 10, 102 y 270 del CPACA. Por otro lado, de las sentencias del Consejo de Estado que no son de unificación, se predica su valor como precedente del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3. *“Si el mal funcionamiento del equipo de medida, en criterio del Consejo de Estado, supone la falta de medición, situación que da lugar a la pérdida del precio y, justa-*

*mente esta condición puede dar lugar en algunos casos a la desviación significativa ¿Cómo deben interpretarse los artículos 146 y 150 de la Ley 142 de 1994, si por un lado la causa de la desviación significativa comporta el mal funcionamiento del medidor y la consecuente pérdida de precio para la empresa; pero por otro lado, supone, que la empresa puede cobrar consumos anteriores dentro de los cinco meses siguientes a la facturación en la que por dicho concepto no se incluyeron, respectivamente, hipótesis que invalida la pérdida del precio?”*

La respuesta a la pregunta formulada parte de la distinción existente entre, por una parte, la falta de medición regulada en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 y, por la otra, la no facturación por investigación de desviaciones significativas prevista en el artículo 150 ibídem, así:

- i) La medición del consumo real del usuario es el elemento principal del precio del servicio que se cobra a través de la factura de servicios públicos y por lo mismo es obligación de las ESP constatar el correcto funcionamiento del medidor, a efectos de que dicho instrumento permita determinar “en forma adecuada el consumo”, de conformidad con el artículo 144 de la Ley 142 de 1994.

Si pasado un periodo de facturación, y siendo menester, el suscriptor o usuario no ha tomado las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo a costa del usuario. La omisión del uso de tal facultad puede generar como consecuencia la pérdida del precio, ya que es considerada por la misma regulación como “falta de medición” imputable a la ESP, en los términos del inciso 4° del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el numeral 4 del artículo 31 de la Resolución CREG 108 de 1997;

- ii) Cuando en el proceso de elaboración de las facturas se determine un consumo anormal, la ESP podrá facturar con base en el consumo estimado, –esto es, de periodos anteriores o en el consumo de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual–, según lo previsto en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 38 de la Resolución CREG 108 de 1997, y adelantará la investigación correspondiente.

Una vez aclarada la causa de la desviación, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso, en el periodo siguiente de facturación, de conformidad con los artículos 149 de la Ley 142 de 1994 y 39 de la Resolución CREG 108 de 1994. Bajo ninguna circunstancia, podrán cobrarse servicios no facturados por investigación de desviaciones significativas, si han transcurrido más de 5 meses desde la entrega de la factura en la que el servicio se cobró con base en un consumo estimado, tal como lo dispone el artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

4. *“¿Cuál es la razón legal para que estando vigente el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 la Superintendencia de Servicios Públicos no pueda aplicar a través de acto administrativo la consecuencia jurídica de la falta de medición?”*

La formulación de la pregunta fuerza a distinguir: (i) como ha quedado dicho en la fundamentación del concepto, no es menester acudir a la vía judicial para efectos de derivar la consecuencia jurídica de la falta de medición de que trata el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, que puede y debe ser aplicada por vía administrativa, respecto de la cual la ley prevé que la segunda instancia estará en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos. En ese sentido no es de recibo el supuesto de una “razón legal” para que no se pueda aplicar la mencionada consecuencia a través de acto administrativo, y (ii) en caso de desacuerdo con la decisión final que se tome por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos en segunda instancia, al resolver el recurso de apelación en relación con un usuario determinado, la empresa y el usuario podrán acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se examine la legalidad de esa decisión, al igual que sucede con cualquier acto administrativo de carácter particular.

Así pues la Superintendencia de Servicios Públicos, en los términos anteriores y actuando como segunda instancia, sí puede aplicar mediante acto administrativo la consecuencia jurídica de la falta de medición de que trata el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, cuando quiera que se den las circunstancias fácticas y jurídicas analizadas en este concepto. Esta facultad, por supuesto, debe entenderse sin perjuicio de la potestad administrativa sancionatoria que sobre las empresas de servicios públicos sometidas a su inspección, vigilancia y control, tiene asignada esa Superintendencia.

Remítase al señor Director de Planeación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

### 3. Revocatoria directa de actos de directores de entidades adscritas y vinculadas, por parte de ministros y directores de departamento administrativo

#### Radicado 2266

Fecha: 08/06/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 7 de julio de 2016

El Director del Departamento Nacional de Planeación consulta sobre la competencia de los ministros y directores de departamento administrativo para revocar actos proferidos por los directores o gerentes de entidades vinculadas o adscritas al sector que coordinan y orientan.

#### I. Antecedentes

Anota el Director que la Ley 1437 de 2011 en el artículo 93 dispone que “[l]os actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales”.

Sobre esa base, advierte que existen inquietudes relacionadas con las competencias de los ministros y directores de departamento administrativo para revocar actos de los directores o gerentes de las entidades adscritas o vinculadas al sector que orientan y coordinan.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

*“1. Desde el punto de vista del funcionamiento de la administración pública, cuáles son las diferencias sustanciales que pueden destacarse entre las atribuciones y funciones que cumplen el superior jerárquico y funcional?”*

*2. ¿Son los ministros y los directores de los departamentos administrativos, los superiores funcionales de los directores o gerentes de las entidades adscritas y vinculadas al respectivo sector administrativo?”*

*3. Acorde con lo anterior, y dentro del marco de competencias atribuidas a los ministros y directores de los departamentos administrativos ¿les es dado revocar los actos administrativos proferidos por los directores o gerentes de las entidades adscritas y vinculadas de su respectivo sector?, o por el contrario, dicha actuación sería una extralimitación a las funciones de orientación y coordinación que a la luz de lo establecido en la Ley 489 de 1998, les corresponden?”*

*4. ¿Acorde con lo anterior, la revocatoria puede recaer sobre toda clase de actos administrativos, incluidos los expedidos en el curso de procesos de contratación?”*

5. *¿Existen restricciones o limitaciones para la revocatoria de los actos administrativos expedidos por las entidades adscritas o vinculadas? En tal caso ¿Cuáles son esas limitaciones y en qué eventos se presentan?*

6. *¿Existen procedimientos especiales para revocar los actos de entidades adscritas o vinculadas al correspondiente sector administrativo?*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Director, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) los ministros y directores de departamento administrativo, ii) coordinación, orientación y control de sectores administrativos, iii) la revocatoria directa – generalidades, iv) importancia de la autonomía de las entidades descentralizadas por servicios, y v) competencia de los ministros y directores de departamento administrativo para revocar actos administrativos de directores y gerentes de entidades adscritas y vinculadas.

#### A. De los ministros y directores de departamento administrativo

El artículo 115 de la Constitución Política dispone que el Gobierno nacional está conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamento administrativo, quienes a la luz del artículo 208 ibídem son los jefes de la administración en su respectiva dependencia, y bajo la dirección del Presidente de la República tienen a su cargo formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

Puntualmente la Ley 489 de 1998 asigna a los ministros y directores administrativos sus funciones, así:

**“Artículo 61. Funciones de los ministros.** *Son funciones de los ministros, además de las que les señalan la Constitución Política y las disposiciones legales especiales, las siguientes:*

*a) Ejercer, bajo su propia responsabilidad, las funciones que el Presidente de la República les delegue o la ley les confiera y vigilar el cumplimiento de las que por mandato legal se hayan otorgado a dependencias del Ministerio, así como de las que se hayan delegado en funcionarios del mismo;*

*b) Participar en la orientación, coordinación y control de las superintendencias, entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta, adscritas o vinculadas a su Despacho, conforme a las leyes y a los respectivos estatutos;*

*c) Dirigir y orientar la función de planeación del sector administrativo a su cargo;*

*d) Revisar y aprobar los anteproyectos de presupuestos de inversión y de funcionamiento y el prospecto de utilización de los recursos del crédito público que se contemplen para el sector a su cargo;*

e) Vigilar el curso de la ejecución del presupuesto correspondiente al Ministerio;

*f) Suscribir en nombre de la nación y de conformidad con el Estatuto General de Contratación y la Ley Orgánica de Presupuesto, los contratos relativos a asuntos propios del Ministerio previa delegación del Presidente de la República;*

*g) Dirigir las funciones de administración de personal conforme a las normas sobre la materia;*

*h) Actuar como superior inmediato, sin perjuicio de la función nominadora, de los superintendentes y representantes legales de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas.*

**Parágrafo.** *La representación de la nación en todo tipo de procesos judiciales se sujetará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales relacionadas”.*

**“Artículo 65. Organización y funcionamiento de los departamentos administrativos.** *La estructura orgánica y el funcionamiento de los departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, se rigen por las normas de creación y organización. Habrá, en cada uno, un Director de Departamento y un Subdirector que tendrán las funciones, en cuanto fueren pertinentes, contempladas para el Ministro y los viceministros, respectivamente.*

*En los departamentos administrativos funcionarán, además, las unidades, los consejos, comisiones o comités técnicos que para cada uno se determinen”.*

Los artículos 103 al 105 de la citada ley también confieren a los ministros y directores de departamento administrativo el control administrativo orientado a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios contemplados por las normas y de conformidad con los planes y programas.

## **B. La coordinación, orientación y control de sectores administrativos**

El artículo 42 de la Ley 489 de 1998 se refiere a los sectores administrativos en los siguientes términos:

**“Artículo 42. Sectores Administrativos.** *El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas a aquellos según correspondiere a cada área”.*

Por otra parte, los artículos 41 y 44 *ibidem* se ocupan de regular la orientación, coordinación y evaluación en los sectores administrativos, así:

**“Artículo 41. Orientación 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.*

**Artículo 44. Orientación y coordinación 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”.*

Ha dicho la Corte Constitucional que los poderes de supervisión coordinación y orientación hacen parte del control administrativo que se ejerce para constatar la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades con las políticas administrativas generales adoptadas por el sector<sup>1</sup>.

En efecto, el artículo 209 superior dispone que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”, principio que la Ley 489 desarrolla así:

**“Artículo 6°. Principio de coordinación.** *En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.*

*En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares (...)*”

Por su parte, el artículo 3° numeral 10 de la Ley 1437 de 2011 prevé:

“10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares”.

Ha entendido la Sala que la coordinación es la concertación de medios y esfuerzos para llevar a cabo de manera coherente una acción común, y se presenta cuando por disposición constitucional o legal hay competencias comunes entre dos o más autoridades públicas. A través de la coordinación se expresan los principios de unidad y de participación y sirve de fundamento para ponderar otros principios como la eficacia, la celeridad y la economía.

---

1 Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000.



Por tratarse de un principio de carácter funcional, su aplicación está condicionada por la existencia de políticas institucionales y de acuerdos concretos de coordinación<sup>2</sup>.

### C. La revocatoria directa – generalidades

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo confiere una mayor entidad al procedimiento administrativo en comparación con las previsiones del Código Contencioso Administrativo, pues busca que sea un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos y los cometidos estatales dentro de un marco de respeto a las personas, sin que se vean necesariamente obligadas a solicitar protección de los jueces frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades. Se pretende entonces que la administración sea la primera protectora de los derechos y para ello debe tener capacidad para corregir los errores en que incurra.

En otras palabras, frente a los derechos “la administración debe incorporar en su visión de las cosas que no es solo el juez el que está llamado a protegerlos, sino que es la propia administración la que en primer lugar debe convertirse, obviamente en el marco de la Constitución y la ley, en artífice de la defensa de esos derechos”<sup>3</sup>.

Es así que dentro de las más importantes manifestaciones del poder público aparecen los actos administrativos, actos que se encuentran destinados a producir efectos en derecho y a cumplirse, razón por la cual el ordenamiento jurídico los ha rodeado de privilegios tales como la ejecutoriedad, la ejecutividad y la presunción de legalidad, lo que en principio conlleva a que la administración se encuentre sometida a sus propios actos y deba ser leal ante ellos<sup>4</sup>. No obstante, sus actos no son inmutables, puesto que la autoridad que los expidió o su superior los puede revocar en atención a las causales previstas por la ley y con el procedimiento previsto para el efecto<sup>5</sup>.

Dentro de este contexto, la parte primera de la Ley 1437 contempla que las autoridades pueden ajustar sus actos al ordenamiento jurídico bien sea de manera provocada al resolver los diferentes recursos que contra ellos se ejerzan o al pronunciarse sobre las solicitudes de revocatoria directa, con el aditamento de que esta última institución también procede de manera oficiosa.

En efecto, la doctrina señala que la revocatoria directa tiene dos modalidades: i) como mecanismo que opera a solicitud del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y ii) como medida tomada *motu proprio* por la Administración para dejar sin efectos las decisiones adoptadas por ella misma, en uno y otro caso con fundamento en la ley y sujeción a la regulación correspondiente.

Ha dicho el Consejo de Estado que, vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de abril de 2013. Radicación interna: 2130.

<sup>3</sup> Zambrano William. La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa. En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Consejo de Estado – Banco de la República. Páginas 40 y 41.

<sup>4</sup> T-338 de 2010.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2000. Rad. 1697.

respecto de sus propios actos y que les permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir, en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, del interés público o de derechos fundamentales<sup>6</sup>.

En suma, la revocatoria directa de los actos administrativos es una potestad legal otorgada a una autoridad para hacer desaparecer de la vida jurídica las decisiones que ella misma ha tomado, por razones de legalidad o por motivos de mérito. Son razones de legalidad las que constituyen un juicio estrictamente lógico jurídico, esto es, una confrontación normativa sobre la infracción al orden preestablecido con violación del principio de legalidad. Hay razón de mérito cuando el acto es extinguido por contrariar el interés público o social, o cuando una persona determinada recibe un agravio injustificado<sup>7</sup>.

Esta Corporación también ha subrayado la importancia de diferenciar la “*revocatoria directa*” de la “*anulación*” de los actos administrativos, pues aunque prima facie tienen la misma consecuencia, esto es, el retiro de los actos del ordenamiento, en la nulidad la extinción del acto se debe a la decisión de una autoridad judicial y sus efectos pueden ser diferidos o, si se quiere, modulados, según lo decidido por el juez en cada caso<sup>8</sup>. Pues bien, los artículos 93 al 97 se ocupan de regular la revocatoria de la siguiente manera:

**“Artículo 93. Causales de revocación.** Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

**Artículo 94. Improcedencia.** La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

**Artículo 95. Oportunidad.** La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

*Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.*

*Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.*

6 Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. Rad. 1998-01093 y Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2012. Rad. 2004-01511.

7 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 20 de mayo de 2004. Rad.: 1998-3963.

8 Consejo de Estado. Sección Quinta, Sentencia del 30 de octubre de 2015. Radicado 2015-00543.

**Parágrafo.** *No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.*

*Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.*

**Artículo 96. Efectos.** *Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.*

**Artículo 97. Revocación de actos 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”.*

Si se lee con atención el artículo 93 transcrito y se compara con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo se observará que este último preveía que la revocatoria de actos administrativos podía ser efectuada “por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores”, mientras que la nueva codificación se refiere a “las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales”, lo que nos introduce al siguiente acápite.

#### **D. La importancia de la autonomía de las entidades descentralizadas por servicios**

La descentralización por servicios es una modalidad organizativa prevista en los artículos 209 y 210 de la Constitución para el ejercicio de la función administrativa que comporta la

existencia de personas dotadas de autonomía jurídica patrimonial y financiera, a las cuales se les asignan por la ley potestades jurídicas específicas<sup>9</sup>.

La autonomía que es reconocida a tales entidades descentralizadas se refiere a la posibilidad de ejercer poderes de “*autonormación y autoorganización*” que aseguren el cumplimiento de las finalidades, cometidos y funciones que la ley les encomiende<sup>10</sup>. No podría entenderse “*que el Legislador, al crear entidades descentralizadas o al señalar las normas generales de su organización y funcionamiento (Art. 210 C. P.) pretendiera establecer apenas una fachada de “autonomía”, traicionando las finalidades constitucionales propias de la descentralización que se predica de esas entidades*”<sup>11</sup>.

Refiriéndose al caso de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, el tribunal constitucional ha dicho lo siguiente:

*“Para la Corte, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como entidades descentralizadas están dotados de un conjunto de cualidades, entre las cuales se destaca la autonomía administrativa, con la cual cuenta la entidad para organizarse y gobernarse a sí misma; la personalidad jurídica y el patrimonio independiente son dos elementos concebidos en apoyo de la autonomía administrativa de estos entes descentralizados, pues son garantía de independencia en el desarrollo de sus actividades; además, la autonomía a través de la descentralización conduce a una mayor libertad de las diversas instancias en la toma de decisiones, y como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la cual se mide por la incidencia que una entidad descentralizada tiene en el desarrollo y en la aplicación de normas jurídicas.*

*De igual modo, la autonomía de las entidades descentralizadas se concreta, en primer lugar, en la atribución que tienen de contar con sus propios órganos de dirección, según la expresa voluntad del artículo 16 del Decreto 3130 de 1968 y en segundo lugar, en la facultad de darse sus propios estatutos, con la posibilidad de reglamentar el funcionamiento y actividad del organismo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 24 del decreto mencionado.*

*Por ello, la entidad descentralizada se encuentra autorizada para fijar su organización y orientar así el cumplimiento óptimo de las funciones y objetivos encomendados y, dentro de ellas, cabe la función de fijar las funciones de los empleos en el acto administrativo correspondiente, que debe ser aprobado por el Gobierno en el caso de los establecimientos públicos*”<sup>12</sup>.

### **E. Competencia de los ministros y directores de departamento administrativo para revocar actos administrativos proferidos por directores y gerentes de entidades adscritas y vinculadas**

Respecto a la diferencia existente entre la codificación anterior y el CPACA en lo atinente a la autoridad competente para decidir la revocatoria directa, la jurisprudencia de esta Corporación ya ha advertido:

9 Corte Constitucional. Sentencias C-308 de 1994 y C-037 de 2003.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-784 de 2004.

11 *Ibidem*.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-485 de 1995.

*“Importante modificación introduce el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cuanto permite que el superior funcional, pueda revocar actos administrativos proferidos por sus inferiores, superando la noción de “inmediato superior” jerárquico que consagraba el Decreto 01 de 1984.*

*En efecto, la nueva codificación se refiere a que la revocatoria de un acto administrativo puede darse por la misma autoridad que lo expida o por sus “inmediatos superiores jerárquicos o funcionales” dando lugar a la posibilidad de que ya no solo el superior jerárquico, que debía pertenecer a la misma entidad, pueda revocar un acto sino también el superior funcional, en los eventos en que la autoridad, en estricto sentido, no contaba con superior jerárquico pero sí funcional (...)”<sup>13</sup>.*

Pese a la importancia de la reforma, la Sala anota que no aparece ninguna explicación en el proceso de aprobación de la ley sobre las razones que la motivaron, y que fue en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República donde se introdujo la diferenciación entre superior jerárquico y funcional, se insiste, sin consideración particular alguna.

Así, es menester acudir a otros criterios para entender el papel de los ministros y directores de departamento administrativo como superiores jerárquicos y funcionales.

#### 1. Como superiores jerárquicos:

Desde una perspectiva estricta o clásica, Max Weber<sup>14</sup> explica que la jerarquía implica relaciones de autoridad entre posiciones ordenadas sistemáticamente, y establece un orden y subordinación definidos mediante reglas abstractas, reconocidas y limitadas.

Se ha identificado en las organizaciones públicas que la autoridad de gestión se deriva de la internalización de normas y de una base racional y jurídicamente aceptada para restringir la acción que lleva a los subordinados a aceptar las órdenes.

Sin embargo, dentro del sector público, el concepto tradicional de jerarquía (orden-obediencia) se ha venido transformando con el uso de controles menos rígidos como el financiero, de gestión por objetivos y de gestión por resultados.

También existe el control sobre el diseño organizacional por el cual las actividades de los organismos públicos pueden ser dirigidas, o el control sobre la comunicación con el entorno de la organización, que significa que la alta dirección es responsable de la política exterior de la misma<sup>15</sup>.

Una visión sobre la estructura de las organizaciones permite observar varios modelos de control<sup>16</sup>:

13 Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 6 de agosto 2015. Rad. 2004-03824.

14 Bobbio Norberto y Matteucci, Nicola. Diccionario de Política. Siglo veintiuno editores.

15 Johanson Jan. Strategy formation in public agencies. Public Administration 2009. Blackwell Publishing Ltd.

16 Johnson Gerry, Scholes Kevan y Whittington Richard. Dirección Estratégica. Pearson. Páginas 390-413.

Las estructuras organizacionales más comunes son: i) funcional, ii) multidivisional, iii) de empresa holding, iv) matricial, v) transnacional, v) por equipos y vi) por proyectos.

En todo caso, independientemente de la estructura de que se trate, existen procesos de control que pueden ser directos o indirectos, y que se utilizan en forma independiente o combinada.

Son directos la supervisión y los procesos de planificación, e indirectos los procesos culturales y la promoción del autocontrol.

La supervisión es el control directo de las decisiones estratégicas por uno o unos pocos individuos.

Los procesos de planificación implican el control administrativo sobre la asignación de recursos y una supervisión sobre su utilización, sobre todo de los financieros, normalmente mediante la elaboración de presupuestos.

Los procesos de autocontrol apuntan a la integración operacional y estratégica del conocimiento y el compromiso, mediante estrategias de coordinación que se basan en la interacción directa y el ajuste mutuo por parte de los individuos de cada subsistema organizacional, sin necesidad de supervisión.

Por último, los culturales se encaminan a la estandarización de normas y a la asimilación de la cultura organizacional por parte de los empleados.

De lo explicado surge entonces que la jerarquía ya no es un concepto binario, pues existen variables:

El clásico esquema de orden-obediencia que apareja controles directos e incluso implica la competencia del superior para revocar decisiones de sus inferiores. Valga anotar que en la denominada administración directa el concepto de jerarquía tiene una connotación estructural y orgánica, mientras que en la administración por colaboración el concepto de superior inmediato es más funcional<sup>17</sup>.

Existen también jerarquías atenuadas con controles más flexibles a los que la Sala ya ha aludido, como en el caso de la orientación y la coordinación sectoriales; al respecto anota Duverger<sup>18</sup>:

*“La diversidad de los órganos gubernamentales conduce en la práctica al establecimiento de una jerarquía entre los mismos (...) De hecho, no puede establecerse ninguna coordinación duradera sin esta subordinación”.*

17 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de junio de 2005. Radicación 1643.

18 Duverger Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Ediciones Ariel, p. 173.

Puede decirse entonces que la superioridad jerárquica tiene varios matices y que no necesariamente está acompañada de la facultad de revocar actos administrativos.

Para el caso de la consulta, es claro que los ministros y directores de departamento administrativo ejercen la alta dirección de la rama ejecutiva en el orden nacional, según lo prevén la Constitución Política, la Ley 489 de 1998 y el Decreto 770 de 2005.

En tal medida, no cabe ninguna duda de que dentro del ministerio o departamento administrativo correspondiente, cada ministro o director tiene la posición más alta de la entidad, y en tal virtud es el superior jerárquico de todos los demás empleados. Este tipo de jerarquía intraorganizacional suele tener configuración “en cascada” de manera que se expresa entre las diversas escalas de la organización.

Las orientación, control y evaluación sectoriales generales por parte de los ministros y directores de departamento administrativo, en relación con los superintendentes, directores o gerentes de entidades pertenecientes al sector central<sup>19</sup>, si bien conllevan superioridad no puede entenderse en el sentido clásico, puesto que estos son las cabezas de entidades diferentes y separadas a las que la Ley 489 en los artículos 66 y 67 asegura autonomía administrativa y financiera.

Finalmente, es necesario advertir que pese a que el artículo 61 literal h) de la Ley 489 de 1998 le otorga a los ministros y directores de departamento administrativo la categoría de superiores inmediatos, tal superioridad, aunque jerárquica no lo es en el sentido clásico, como lo explicó la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la norma. En lo pertinente, la Sentencia C-727 de 2000 explica:

“Todo lo anterior permite concluir que entre nosotros la descentralización por servicios siempre ha tenido como presupuesto una relación que implica un poder de supervisión y orientación que se ejerce para la constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, y que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió esta forma de organización administrativa. Por ello no resulta extraño ni contrario al espíritu de la Carta, que la ley hable de que los representantes legales de las entidades descentralizadas tengan un superior inmediato, tal y como lo hace la norma sub examine. Ello no supone que dicho superior ejerza un control jerárquico, en su noción clásica, como lo afirma el demandante, consideración sobre la cual estructura su acusación. Significa tan solo, que ese superior inmediato ejerce el control administrativo propio de la descentralización.

Adicionalmente, la facultad del ministerio debe analizarse dentro del contexto del control administrativo que la misma Ley 489 de 1998 establece en sus artículos 42 y 105. La primera de estas disposiciones se refiere explícitamente a que algunas entidades se adscriben o vinculan a otras. La segunda, definiendo los límites de ese control administrativo sobre las entidades descentralizadas, deja a salvo del mismo las decisiones de ellas respecto de sus competencias legales. En efecto dicha norma dice lo siguiente:

19 El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece que las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica pertenecen al sector central.

**“Artículo 105. Control Administrativo.** *El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos o entidades”.*

*Así las cosas, para la Corte la presencia de un superior inmediato que ejerce un control administrativo, no implica que en su cabeza se radiquen las facultades de nombramiento y remoción del representante legal de las entidades descentralizadas, ni toca con la toma de decisiones que operen dentro de las competencias legales del organismo, pues una interpretación contraria desvirtuaría el mecanismo de la descentralización. Hace referencia, más bien y sobre todo, a la armonización y coordinación de políticas administrativas, como lo ordena la Constitución. En este sentido, tal control administrativo desarrolla plenamente el artículo 208 superior, conforme al cual “los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia”, palabra esta última, que no puede interpretarse restrictivamente, sino que, es comprensiva de las entidades adscritas o vinculadas al ministerio en cuestión”.*

## 2. Como superiores funcionales:

Ni en la ley ni en las gacetas del Congreso y las actas de la Comisión Redactora del CPACA se encuentra la definición de superior funcional a efectos de la competencia para decidir la revocatoria directa. Sin embargo el doctor Enrique Arboleda Perdomo, quien fue miembro de la citada Comisión explica:

*“La ley determina que el superior puede ser el administrativo, para englobar todo tipo de jerarquía, o el funcional, englobando con este término aquellos organismos que no pertenecen a la misma entidad que profirió el acto, pero que tienen como función la de definir el recurso de apelación contra ciertas decisiones de otras autoridades. A manera de ejemplo se puede citar la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para desatar los recursos contra los actos que resuelven los reclamos contra las empresas por ella vigiladas”<sup>20</sup>.*

Esta Sala también ha dicho que en ocasiones existe una superioridad que se deriva de una competencia de grado para conocer de recursos de apelación contra decisiones adoptadas por sujetos que no son funcionarios. Es el caso de los curadores urbanos que no tienen superiores en términos estructurales u orgánicos pero sí lo tienen en un sentido funcional<sup>21</sup>.

En tales circunstancias es menester remitirse a la regulación que la Ley 1437 contempla para el recurso administrativo de apelación, y en especial al artículo 74:

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

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

20 Arboleda Perdomo, Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2ª edición. Editorial Legis, Bogotá, 2013, pp. 125 y 149.

21 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de junio de 2005. Radicación 1643.



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

***No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.***

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

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

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

*De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.*

*Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso”. (Resalta la Sala).*

Surge entonces con claridad que los ministros y directores administrativos no son superiores funcionales de los superintendentes, directores y gerentes de entidades descentralizadas por cuanto las decisiones de estos últimos no son apelables.

Para el caso de los directores de unidades administrativas especiales los ministros y directores tampoco son superiores funcionales, pues sería una limitación a la autonomía administrativa, como se explicó con anterioridad.

3. ¿La coordinación, orientación, evaluación y control de sectores administrativos a cargo de los ministros y directores administrativos implican la competencia para revocar actos administrativos de directores y gerentes de entidades adscritas y vinculadas al sector correspondiente?

Como se dejó explicado, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo de las autoridades públicas sobre sus propios actos, que les permite volver a decidir sobre asuntos ya resueltos en procura de corregir las actuaciones lesivas de la Constitución, de la ley, del interés público o de los derechos fundamentales.

En este punto la Corte Constitucional en diferentes fallos ha explicado que la revocatoria constituye un control estricto en cuanto se refiere a la posibilidad para quien ejerce la función, de ordenar correctivos e incidir directamente en las decisiones<sup>22</sup>.

También se dejó explicado que las funciones de coordinación, orientación, evaluación y control de sectores administrativos no suponen que se ejerza un control jerárquico en su

22 Corte Constitucional Sentencias C-782 de 2007, C-570 de 2012 y 851 de 2013.

noción clásica, sino que el superior inmediato ejerce el control administrativo propio de la descentralización.

Como es sabido, una de las formas de descentralización administrativa es la llamada descentralización por servicios, que implica el otorgamiento de competencias o funciones a entidades públicas no territoriales y diferentes a la nación, que se crean para ejercer una actividad en forma autónoma debido a la necesidad de especializar y tecnificar el cumplimiento de ciertas funciones, y en la realidad de que, en ciertos casos, por razones de conveniencia pública las mismas están llamadas a ser ejercidas dentro de un régimen de competencia o de concurrencia con los particulares<sup>23</sup>.

En suma, las funciones de coordinación, orientación, evaluación y control de sectores administrativos a cargo de los ministros y directores administrativos no confieren la competencia para revocar actos administrativos de directores y gerentes de entidades adscritas y vinculadas al sector correspondiente, pues constituiría una indebida intromisión en su autonomía administrativa.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE:

*1. Desde el punto de vista del funcionamiento de la administración pública, ¿cuáles son las diferencias sustanciales que pueden destacarse entre las atribuciones y funciones que cumplen el superior jerárquico y funcional?*

Es superior jerárquico en el sentido tradicional, el servidor que dentro de una organización rígida por grados detenta poderes de control, dirección y supervisión sobre servidores de rango inferior dentro de la estructura. Esta sujeción en virtud de la cual los superiores gozan de una posición de mando y dirección, implica correlativamente un deber de subordinación y obediencia por parte de los inferiores.

Por otra parte, el superior funcional hace referencia a aquella autoridad a la que la ley atribuye competencia para conocer y definir, en segunda instancia, incidentes o recursos dentro de un procedimiento o actuación que no necesariamente tiene que haberse surtido dentro de la misma organización o entidad. Esta competencia, que nace de la afinidad funcional ínsita en la asignación hecha por la ley, puede configurar la superioridad funcional incluso en relación con particulares que ejercen función administrativa.

*2. ¿Son los ministros y los directores de los departamentos administrativos, los superiores funcionales de los directores o gerentes de las entidades adscritas y vinculadas al respectivo sector administrativo?*

Los ministros y directores de departamento administrativo no son superiores funcionales de los directores y gerentes de las entidades adscritas y vinculadas a su sector.

3. *Acorde con lo anterior, y dentro del marco de competencias atribuidas a los ministros y directores de los departamentos administrativos ¿les es dado revocar los actos administrativos proferidos por los directores o gerentes de las entidades adscritas y vinculadas de su respectivo sector?, o por el contrario, dicha actuación sería una extralimitación a las funciones de orientación y coordinación que a la luz de lo establecido en la Ley 489 de 1998, les corresponden?*

Los ministros y directores de departamento administrativo no tienen competencia para revocar los actos administrativos proferidos por los directores o gerentes de las entidades adscritas y vinculadas a su respectivo sector.

4. *¿Acorde con lo anterior, la revocatoria puede recaer sobre toda clase de actos administrativos, incluidos los expedidos en el curso de procesos de contratación?*

Según el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 “Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada”.

No obstante, los ministros y directores de departamento administrativo no pueden revocar los actos proferidos por directores o gerentes de entidades adscritas y vinculadas a su sector, como se dejó dicho en la respuesta anterior.

5. *¿Existen restricciones o limitaciones para la revocatoria de los actos administrativos expedidos por las entidades adscritas o vinculadas? En tal caso ¿Cuáles son esas limitaciones y en qué eventos se presentan?*

6. *¿Existen procedimientos especiales para revocar los actos de entidades adscritas o vinculadas al correspondiente sector administrativo?*

Por su unidad temática se contestan conjuntamente las preguntas 5 y 6.

Tal como se ha respondido, ni los ministros ni los directores de departamento administrativo tienen competencia para revocar los actos administrativos proferidos por los directores y gerentes de entidades adscritas o vinculadas a su sector. En ausencia de competencia, carece de sentido la existencia de restricciones, límites o procedimientos especiales.

Remítase al Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Edgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

#### 4. Alcance del artículo 8°, numeral 8, de la Ley 1437 de 2011. Regulación.

##### Radicado 2291

Fecha: 14/09/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 19 de septiembre de 2016

El Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala acerca del alcance de lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 frente a la potestad reguladora y reglamentaria de la administración.

#### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. En el año 2013 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó un estudio sobre política regulatoria en Colombia, a través del cual se realizaron una serie de recomendaciones para la fijación de una política regulatoria formal, explícita, obligatoria y “dentro del gobierno completo”, que establezca procedimientos, instituciones y herramientas que permitan contar con una regulación de calidad.

2. Dentro de las herramientas de buena política regulatoria señalados por la OCDE se encuentra el referente a la consulta pública. En este sentido, se indicó que Colombia debe: *“Desarrollar e implementar estándares obligatorios sobre el uso de la consulta pública como medio para hacer partícipes a los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil en el proceso regulatorio y obtener mejores resultados de política pública”*.

3. Con el propósito de acoger las recomendaciones de la OCDE y cumplir con la política de mejora normativa adoptada en el documento Conpes 3816 de 2014, se está trabajando en un proyecto de acto administrativo que establezca y desarrolle los criterios para la participación de la ciudadanía en la expedición de normas, y en particular, en lo referente a la consulta pública de los actos administrativos reglamentarios y regulatorios expedidos por entidades de la Rama Ejecutiva.

4. Dentro del ordenamiento nacional es posible identificar varias disposiciones que permiten enmarcar reglas dirigidas a permitir la participación de la ciudadanía en el proceso de expedición de normas. Entre estas se destacan: i) el artículo 4° de la Ley 489 de 1998, ii) el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 8° numeral 8 de la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho formula las siguientes **PREGUNTAS:**

1. *¿Es viable en virtud de los artículos 4° de la Ley 489 de 1998 y 3° de la Ley 1437 de 2011 desarrollar parámetros que permitan la efectiva participación de los ciudadanos o grupos de interesados, en el proceso de elaboración de normas de carácter reglamentario y regulatorio?*

2. *¿En qué casos y bajo qué condiciones los actos de carácter reglamentario expedidos bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 constitucional al Presidente de la República tienen a su vez un carácter regulatorio?*

3. *¿Qué debe entenderse como “proyectos específicos de regulación”?*

4. *¿El deber de suministrar al público información completa y actualizada de que trata el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 hace referencia exclusiva a las normas expedidas por las autoridades competentes en ejercicio de la potestad regulatoria?*

5. *¿El deber de que trata el artículo en mención se aplica también en relación a las normas que tengan una vocación reglamentaria expedida en virtud de la potestad concedida en el artículo 189.11 constitucional?*

6. *¿El plazo ordenado por el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 podrá ser establecido por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa?*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) el concepto de regulación, ii) los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica, eficacia, economía y celeridad, iii) las doctrinas de gobernanza, buen gobierno y calidad regulatoria, y iv) la potestad reglamentaria.

#### **A. El concepto de “regulación”**

El término “regulación” no ha sido definido de forma unívoca por la doctrina y la jurisprudencia<sup>1</sup>. Sin embargo, es posible entender este concepto a partir de un sentido general y un sentido específico. A continuación se pasa a exponer cada uno de ellos.

##### **1) El concepto de regulación en sentido general: la regulación como norma jurídica**

La doctrina extranjera, en una concepción general del término regulación, la concibe como una norma jurídica, y por tanto, la actividad de regular como la potestad de promulgar dichas normas<sup>2</sup>. En esta misma dirección, se han pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo

1 David Levi-Faour, Regulation and Regulatory Governance, en Handbook on the Politics of Regulation (David Levi-Faour ed.), Edward Elgar, 2011, p. 3.

2 “La regulación, por tanto incluiría todas las formas de autoridad legal” (traducción libre). Martin Lodge y Kai Wegrich, Managing Regulation, Palgrave macmillan, 2012, p. 15. “La regulación es comúnmente entendida como una forma de actividad gubernamental, pero el término “regulación” ha sido definido en un número de formas (...) pero es tal vez útil pensar en la palabra regulación siendo utilizada en los siguientes sentidos: Como un conjunto específico de órdenes – donde la regulación envuelve la promulgación de una serie de reglas obligatorias que deben ser aplicadas por un cuerpo dedicado a ese propósito” (traducción libre). Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, Understanding regulation, second edition, Oxford University Press, 2012, pp. 2-3. “Para la doctrina jurídica, la regulación es comúnmente un instrumento jurídico, Para algunos es la combinación de todos los tipos de normas –legislación primaria, secundaria y terciaria– mientras que para otros está limitada a legislación secundaria” (traducción

de Estado. Justamente, en la Sentencia C-675 de 2005 se indicó:

*“Se observa que esta disposición no consagra dicha competencia de regulación, o sea, el establecimiento de reglas, normas o disposiciones jurídicas de carácter general o abstracto, y que, en cambio, prevé que la Secretaría de Educación realice la evaluación, en coordinación con la asociación de instituciones educativas privadas debidamente acreditada, a que esté afiliado el establecimiento educativo, o en forma exclusiva, en el caso de no estar afiliado el establecimiento”<sup>3</sup>.*

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado en decisión del 20 de octubre de 2014, al definir la noción de regulación señaló:

*“Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que comprende todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma general, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, expedidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa”<sup>4</sup>.*

La Sección Cuarta de esta Corporación al precisar el término advirtió:

*“Conviene aquí hacer una precisión de tipo conceptual relativa a los términos “reglamentación” y “regulación”, sobre los cuales existe discusión en cuanto a su naturaleza y características. La producción de normas jurídicas de carácter general hace parte de la función pública normativa del Estado que, para la consecución de sus fines, se ve precisado a expedir. La ley, desde el punto de vista formal, esto es, la expedida por el Congreso, es una de las expresiones de esa actividad o función “reguladora” del Estado. Pero existen otras. El presidente de la República, las asambleas departamentales, los concejos municipales, las comisiones de regulación, y otras entidades estatales, expiden también normas que tienen las mismas características de generalidad y que igualmente son abstractas e impersonales, tal cual la ley formal. Así pues, se puede decir que la regulación o, con mayor precisión, la función reguladora, es el género de la competencia del Estado de imponer normas jurídicas. Y de esa categoría general hacen parte, en un primer nivel, la Constitución misma, luego las leyes del Congreso en sus diferentes categorías (leyes orgánicas, estatutarias, leyes marco y leyes comunes). Como ley también funge el producto de la potestad legislativa extraordinaria del Presidente de la República, esto*

libre). Levi-Faur, ob. cit., p. 3. Desde el punto de vista de la doctrina nacional, Ibáñez Najar señala una postura en el mismo sentido: “La potestad reguladora es aquella atribuida por la Constitución Política a diferentes autoridades para que mediante actos administrativos normativos, de carácter general, impersonal y abstracto, sea con sujeción a las reglas generales que señale el legislador o con sujeción directamente a lo que determine la misma Constitución Política, se cree por primera vez el ordenamiento jurídico en aquellas materias en las cuales el Constituyente considera que debiendo existir regulación ella no deba ser de carácter legislativo”. Jorge Enrique Ibáñez Najar, La regulación y la reglamentación en Colombia, en Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 872-873.

3 Corte Constitucional. Sentencia del 30 de junio de 2005, C-675/05.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). Véase igualmente: “El vocablo “regulación” suele ser utilizado en el lenguaje cotidiano como sinónimo de “legislación”, “reglamentación” o “normatividad”, tendencia que se explica por el hecho de que esa es precisamente una de las acepciones más difundidas en nuestro lenguaje cotidiano, sin ser desde luego la única. En efecto, según lo enseña el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra “regulación” evoca en términos generales la acción y el efecto de “regular”, expresión que según su sentido más usual significa “Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”. Podría afirmarse entonces, en sentido lato, esto es, haciendo referencia abstracta a los distintos ámbitos de la acción estatal, que la acción de “regular” comprende y describe todos los procesos de elaboración o producción de normas jurídicas encaminadas a ordenar la vida en comunidad, mediante la definición de las reglas a las cuales han de someterse los sujetos tanto públicos como privados en el contexto de sus relaciones mutuas y en el ámbito de su actividad personal o institucional. Percibido desde esta perspectiva, el vocablo “regular” evoca en suma la idea de “producción de normas jurídicas””. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01.

es, los decretos leyes. Pero la regulación no solo se da por virtud de las leyes o de la función legislativa propiamente dicha, puesto que una función parecida también contribuye a la regulación, esto, es, la función reglamentaria que encabeza el Presidente de la República y que desciende y se extiende hacia y por otros órganos como las comisiones de regulación, las asambleas, los concejos, los organismos autónomos, etc.”<sup>5</sup>.

## 2) El concepto de regulación en sentido específico: la regulación como una forma de intervención en la economía para alcanzar los fines del Estado mediante la garantía del derecho a la competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos

Una segunda aproximación al concepto de regulación propuesta por la doctrina es aquella que la entiende como una forma de intervención del Estado<sup>6</sup> en la economía<sup>7</sup>, postura que también ha sido adoptada por la jurisprudencia colombiana<sup>8</sup>.

En este contexto, a través de la regulación se busca corregir las “fallas del mercado”<sup>9</sup>,

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de febrero de 2014, Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00120-02(18456).

6 Con todo, dentro de la aproximación al concepto de regulación como una forma de intervención en la economía, una parte de la doctrina considera que dicha intervención puede también realizarse a través de mecanismos que no son de origen estatal. En esta dirección véase: Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 3, Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, 2002, p. 8, y Christopher Decker, *Modern Economic Regulation*, Cambridge University Press, 2015, p. 3.

7 “Por consiguiente, la actividad de regulación es una forma de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos, y que obliga a que las empresas reguladas actúen de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera”. Miguel Ángel Lasheras, *La regulación económica de los servicios públicos*, Editorial Ariel S. A., 1999, p. 15. “En términos generales puede decirse que la regulación económica se ha identificado comúnmente como una de las formas de intervención del Estado en la economía”. Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil. *Regulación, Autorregulación y Desregulación*, en *La regulación económica: tendencias y desafíos* (Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil, (editoras), Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, p. 12. “En este momento se elevó la importancia de la función de regulación, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general”.

“[E]s claro que la función de regulación, que define el modo básico de intervención pública en la economía actualmente, alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias, que se ejercitan por órganos especiales, cuyo uso ha tenido un desarrollo en los últimos años hasta alcanzar una posición central nunca conocida antes”. Santiago Muñoz Machado, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e Instituciones de la Regulación* (Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores), Volumen I, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2009, pp. 18, 111.

8 “Es importante señalar que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (Prámbulo, artículos 1°, 2°, 333, 334, 365, 367 y 370 Constitución Política)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637). “Esta Corporación ha explicado cómo la función estatal de “regulación” socioeconómica constituye una forma de intervención del Estado en la economía, que tiene unos rasgos característicos propios que la distinguen de otras formas de intervención”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2007, C-955/07. “En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. (...) En efecto, en forma gradual y progresiva la función estatal de regulación socioeconómica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo. Además, el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República. Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socioeconómica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades. (...) Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un “Estado interventor” a un “Estado regulador”, es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-186/11.

9 “En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. (...) Como bien se puede apreciar, bajo esta perspectiva el vocablo “regulación” adquiere entonces una connotación mucho más dilatada y omnicompreensiva que desborda el mero concepto de “pro-

alcanzar los fines del Estado<sup>10</sup>, materializar los principios sociales<sup>11</sup>, garantizar la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios<sup>12</sup> y maximizar el bienestar de los usuarios<sup>13</sup>.

En línea con lo anterior, se ha indicado que la regulación del Estado es necesaria para: i) luchar contra el aumento de precios en situaciones de monopolio, ii) informar a los consumidores, iii) garantizar un nivel básico o esencial de los servicios, iv) evitar un comportamiento anticompetitivo, v) proteger intereses vulnerables en donde el mercado no puede hacerlo, vi) asegurar una producción efectiva en donde los costos de transacción no permiten obtener eficiencias de escala, vii) distribuir materias primas escasas y viii) salvaguardar los intereses de futuras generaciones, entre otros<sup>14</sup>.

El término regulación, entendido como una forma de intervención en la economía para maximizar el bienestar de los usuarios y alcanzar los fines del Estado mediante la garantía de la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos, implica, no solo la promulgación de normas jurídicas de contenido general y abstracto<sup>15</sup>, sino también la utilización de otros instrumentos<sup>16</sup> tales como la expedición de actos administrativos de

---

ducción normativa", para abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir las "fallas del mercado", categoría de la cual forman parte los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas de la libre concurrencia, los abusos de la posición dominante y el establecimiento de monopolios". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. "Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. (...)". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

- 10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637).
- 11 "La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.
- 12 "La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva, establecer un marco normativo orientado a optimizar la eficiente prestación de los servicios públicos y por ende, la satisfacción de las necesidades de la comunidad, para que el prestador del servicio público se someta a dichas regulaciones y de esta manera impedir que se presenten actos de competencia desleal, situaciones de abuso de posición dominante, restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos. La intervención del Estado al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 142 de 1994 también se manifiesta mediante la promoción y estímulo a la inversión a quienes prestan los servicios públicos, la consecución de recursos para este efecto; el control y vigilancia para que se dé cumplimiento a las normas, planes y programas; otorgamiento de subsidios a las personas de bajos ingresos y toda una serie de medidas tendientes a la satisfacción del interés público". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691).
- 13 "Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: 1. Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios. (...)". Ley 1341 de 2009, artículo 22.
- 14 Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., pp. 15-24.
- 15 "La regulación impone este compromiso a los operadores que están dentro del mercado a través de medios jurídicos". Gérard Marcou, Introducción, en Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional (Gérard Marcou y Franck Moderne dirs.), Tomo II, Editorial Universidad del Rosario, L' Harmattan, 2011, p. 18. "Por eso, se ha dicho que: "[l]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que estas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a sanciones. Asimismo, diferentes autoridades administrativas independientes pueden detentar las funciones descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.
- 16 "En la actualidad la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que comprende potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03; Hugo Alberto Marín Hernández, "Norma regulatoria": ¿mito o realidad?, Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 3, 2009, pp. 56-57.



carácter particular<sup>17 18</sup>, el reconocimiento de incentivos económicos, la inversión de recursos, la entrega de información<sup>19</sup>, el otorgamiento de autorizaciones o permisos, la vigilancia de la actividad, la imposición de sanciones administrativas y la definición de tarifas, entre otras medidas<sup>20</sup>.

De ahí que se haya señalado que el concepto de regulación no es exclusivamente jurídico, sino que involucra elementos de otra naturaleza:

*“Aceptemos que la regulación, en general, comprende aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados. Ello significa, al menos, que:*

- 17 “Sin embargo, precisa ahora la Sala que la regulación no es una norma propiamente dicha –como lo sugirieron las Sentencias C-272 de 1998 y, sobre todo, C-1162 de 2000–, aunque se exprese normalmente a través de ella. En realidad la regulación es una parte de la función pública moderna, concretamente de la función administrativa, que expresa la particular preocupación estatal por la orientación de un sector económico especial –en este caso la televisión–, en un mercado en el cual se desenvuelve y por los actores de ese círculo económico. La regulación, entonces, constituye una tarea especial a cargo del Estado, que demanda la realización de múltiples actividades, y la adopción de decisiones y políticas que bien pueden expresarse: i) en actividades materiales puras y simples del organismo regulador, ii) en actos administrativos generales, puros y simples que expide el mismo organismo, iii) en reglamentos, iv) e, incluso, en actos administrativos particulares, todos ellos aplicables a determinados operadores de los servicios públicos. (...) Cuando se ejercen ese conjunto de facultades no puede negarse que se actúa en ejercicio de la función regulatoria, de manera que de allí no puede seguirse que esta actividad solo pueda realizarse a través de normas generales, pues este criterio desconocería que a través de decisiones particulares también se orienta un sector económico como la televisión, regulándose el mismo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). “Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socioeconómica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.
- 18 Entre las más importantes se encuentran las facultades de los numerales 1 y 2 del artículo 7<sup>4</sup> de la Ley 142 de 1994: “Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: 74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.  
a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de Minas y Energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado. (...) 74.2 De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico: a) Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”. Los literales a) de los numerales 74.1 y 74.2 fueron declarados exequibles por la sentencia de la Corte Constitucional C-263 de 2013. Igualmente, en el caso de la Comisión de Regulación de Comunicaciones el numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 señala: “Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: (...) 2. Promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado”.
- 19 “Como una deliberada influencia del Estado, donde la regulación tiene un sentido más amplio y cubre todas las acciones estatales que están diseñadas para influir el comportamiento empresarial y social. Por lo tanto, regímenes basados en órdenes cabrían dentro de este uso, pero también una gama de otros modos de influencia –por ejemplo–, aquellas basadas en el uso de incentivos económicos (por ejemplo, impuestos o subsidios); poderes contractuales; despliegue de recursos; franquicias; el suministro de información, u otras técnicas” (traducción libre). Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 3. “La regulación en general es una forma de intervención gubernamental en la actividad económica y de interferencia en el trabajo del sistema de libre mercado. De acuerdo con algunas posturas, la regulación es sinónimo de intervención gubernamental en la vida económica y social” (traducción libre). Imad A. Moosa. Good Regulation, Bad Regulation. The Anatomy of Financial Regulation. Palgrave Macmillan, 2015, p. 1. Véase igualmente Daniel F. Spulber, Regulation and Markets, The MIT Press, 1989, p. 37.
- 20 “Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socioeconómica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

*a) La regulación asienta sobre el Derecho, pero no es solo Derecho. Las normas jurídicas determinarán lo que se puede hacer y lo que no, lo que es un derecho subjetivo (acceso a redes eléctricas, gasísticas, de telecomunicaciones...) y lo que es una obligación (de dar, hacer o soportar), pero no convertirán la regulación en «cosa de abogados» ni su metodología será la de la dialéctica seguida tradicionalmente ante los tribunales de justicia»<sup>21</sup>.*

Para el profesor Montero Pascual, a partir del concepto de regulación que propone<sup>22</sup>, la regulación tiene las siguientes características: a) es una actividad de la Administración<sup>23</sup>, b) requiere de un regulador y un regulado<sup>24</sup>, c) tiene como objeto controlar la actividad de este último en un mercado a través de la imposición de obligaciones jurídicas tendientes a la protección del interés general<sup>25</sup>, d) se desarrolla de forma continua<sup>26</sup> y e) es de carácter discrecional<sup>27</sup>.

Por su parte, para la Corte Constitucional colombiana la función de regulación tiene los siguientes rasgos distintivos:

*“El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socioeconómico. Segundo, la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. Tercero, la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que esta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas). Cuarto, la función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometidas a controles jerárquicos o de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de una (sic) Estado democrático de derecho puesto que sus*

21 Gaspar Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Granada, 2004, p. 655.

22 “Entendemos la regulación como la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración”. Juan José Montero Pascual, Regulación económica, Tirant lo Blanch, 2014, p. 40.

23 “El punto de partida es la identificación de la regulación como una actividad de la Administración. Si bien la regulación se enmarca en un fenómeno de intervención pública en la actividad económica que ineludiblemente exige la participación del poder legislativo y del poder judicial, parece claro y es precisamente uno de sus rasgos diferenciadores el protagonismo que la Administración tiene en la regulación”. Ibidem, p. 40.

24 “Un elemento propio de la actividad reguladora es la exigencia de alteridad para su desarrollo. La regulación exige la existencia de un regulador y un regulado”. Ibidem, p. 41.

25 “El contenido de la actividad administrativa reguladora es el control de la actividad de las entidades reguladas, en concreto mediante la imposición de obligaciones jurídicas. En primer lugar, la actividad de regulación consiste en lo fundamental en la imposición de obligaciones jurídicas y no meramente de recomendaciones o de creación de marcos de asunción voluntaria de obligaciones del tipo que ha venido denominándose autorregulación (...). En segundo lugar, la naturaleza de las obligaciones jurídicas puede ser diferente. Cabe la más tradicional imposición de obligaciones mediante actos administrativos que concretan lo previsto en disposiciones de carácter general. No obstante, la actividad reguladora adopta también la forma de disposición general”. Ibidem, pp. 42-43.

26 “Otro rasgo identificable en la actividad administrativa reguladora es la continuidad. La intervención no se produce de forma aislada en el tiempo, sino de forma continuada. La continuidad implica el carácter dinámico de la intervención”. Ibidem, pp. 44-45.

27 “Finalmente, el rasgo que definitivamente diferencia la actividad reguladora de otras actividades de la Administración y en concreto de la actividad de policía, es la extraordinaria discrecionalidad que se otorga a la Administración para la imposición de las obligaciones jurídicas”. Ibidem, p. 45.

*actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y sus resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos. Quinto, la función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socioeconómicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socioeconómicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador*<sup>28</sup>.

No obstante lo anterior, hay que advertir que una de las dificultades del concepto de regulación en el sentido específico antes señalado, corresponde a delimitar su campo de aplicación, pues el término tiene claras raíces en el Derecho anglosajón donde se identifica de forma pragmática con todas las actuaciones realizadas por la agencia de regulación<sup>29</sup>.

En el mismo sentido, pretender una coincidencia de la “regulación” en sentido específico con cualquier intervención estatal conduciría a una imprecisión y generalidad que no permite aportar al análisis de sus características y límites. En efecto, el paso del Estado liberal al Estado Social de Derecho expuesto por Carl Schmitt y analizado por Luciano Parejo<sup>30</sup> muestra que el Estado se ha convertido en una “autoorganización de la sociedad”, y por ello, los problemas sociales y económicos mutan a problemas políticos. La sociedad convertida en Estado se transforma en Estado económico. Por lo tanto “en él no existe ya sector alguno frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”<sup>31</sup>.

## **B. Los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica, eficacia, celeridad y economía**

El artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, concordante con el artículo 209 de la Carta Política<sup>32</sup>, establece un conjunto de principios que guían la actividad administrativa y ayudan en la interpretación y aplicación de las disposiciones del CPACA<sup>33</sup>.

28 Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

29 “La definición que comentamos nos muestra la generalización del término regulación que ha conducido materialmente a considerar que regulación es todo lo que sale de una Agencia, con independencia de si son normas o actos administrativos. La regulación se confunde con la actividad de las Agencias. Esta confusión es más material que formal puesto que no alude a los poderes de la Agencia, sino a lo que hace la Agencia. Así, por ejemplo, se habla de Agencias reguladoras porque la regulación identifica todo lo que hace la Agencia, no tanto porque sus poderes puedan ser encajados bajo dicho término: no hay poderes de regulación”. Andrés Betancor, *Regulación: Mito y Derecho*. Thomson Reuters Civitas 2010, p. 34.

30 Luciano Parejo Alfonso, *El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre las «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos*, en *Revista de Administración Pública*, No. 153, Septiembre-diciembre 2000, pp. 218-219.

31 C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos, 1983, pp. 135-136.

32 “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. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

33 “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”.

Teniendo en cuenta la importancia de estas funciones, especialmente para el caso que se estudia, considera la Sala necesario referirse a los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica, eficacia, celeridad y economía.

### 1) Los principios de publicidad y transparencia

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, el principio de transparencia implica que: “[L]a actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”<sup>34</sup>.

En lo que respecta al principio de publicidad, la misma disposición indicó:

*“En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”.*

La jurisprudencia ha señalado que la administración tiene la obligación de ser diligente y adelantar las acciones necesarias para que el principio de publicidad se materialice<sup>35</sup>.

Los principios de transparencia y publicidad constituyen un elemento fundamental para el funcionamiento del Estado Social de Derecho y de una sociedad democrática<sup>36</sup>, toda vez que permiten a los ciudadanos: i) conocer<sup>37</sup> y controlar la actividad de la administración<sup>38</sup>, ii) evitar las malas administraciones y el abuso del poder<sup>39</sup> y iii) participar en la construcción de

34 Ley 1437 de 2011, artículo 3º. Este principio fue también definido por el artículo 3º de la Ley 1712 de 2014, en el cual se señaló: “Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley”. Por su parte, la doctrina ha señalado: “Transparencia significa dejar ver, y transparencia de los órganos del poder significa consiguientemente, no solo la publicidad de todos y cada uno de sus actos formales y definitivos, sino la de los supuestos, condiciones, procedimientos y expedientes empleados para producirlos”. (negrilla fuera del texto). Mario Roberto Molano López, Transformación de la Función Administrativa, Colección Profesores 37, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 62-63.

35 “En consecuencia, la administración debe efectuar actividades y ser diligente para que el principio de publicidad se cumpla. Ciertamente, los ciudadanos deben conocer las decisiones que tomen los órganos públicos y las autoridades estatales, publicidad esta que **apareja consigo presupuestos esenciales como la vigencia, oponibilidad y controversia a dichos actos de la administración. En este orden de ideas, el principio de publicidad tiene de suyo la facultad de que los ciudadanos conozcan las actuaciones de la administración, sean estos directamente interesados o porque hagan parte de la comunidad en general, no obstante existir excepciones que deben provenir sea de la Constitución o de la ley.**” (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 2 de abril de 2008, C-93/08.

36 “En esta dirección ha señalado la Corte Constitucional: “La publicidad de las funciones públicas (C. P. art. 209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales”. Corte Constitucional, Sentencia del 5 de febrero de 1996, C-038/96. “Con este propósito, el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de agosto de 2002, C-641/02. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/13, Bojan Bugarić, Openness and Transparency in Public Administration: Challenges for Public Law, Vol. 22, No. 3, p. 493-494. Frederick Schauer, Transparency in Three Dimensions’ Definitional Preliminaries, University of Illinois Law Review, No. 4, 2011, p.1349.

37 “Dentro del contexto del Estado de derecho, este principio es importante y aun trascendental, e implica que por regla general la actividad de la administración deba ser pública, clara y transparente: se niega la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan sus efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos relacionados en una actuación administrativa”. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Tomo II, 2004, p. 78.

38 “[E]l principio de publicidad constituye una garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos y un recurso que permite las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho a controlar el ejercicio del poder”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2005, C-929/05.

39 Bugarić, ob. cit., p. 494.

las decisiones que los afectan<sup>40</sup>. Adicionalmente, promueven la confianza y la comunicación entre la Administración y los ciudadanos<sup>41</sup>.

## 2) El principio de participación

El principio de participación, es inherente al Estado democrático<sup>42</sup> y hace posible la intervención de los ciudadanos en los procesos de deliberación y formulación de la gestión pública<sup>43 44</sup>. Este principio no solo está reconocido expresamente en el artículo 3º del CPACA, sino también en el artículo 2º de la Carta Política, disposición que establece como uno de los fines del Estado el facilitar la participación de las personas en las decisiones que las afectan, así como también en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación<sup>45</sup>. Adicionalmente, la participación ciudadana dentro del sistema jurídico colombiano es considerada uno de los pilares del sistema constitucional<sup>46</sup> y ha sido catalogada por la Corte Constitucional como un derecho fundamental por involucrar aspectos relativos a su dignidad humana<sup>47</sup>.

40 "Igualmente, en el artículo 209 se determinó que toda función administrativa se debe ejecutar con base en el principio de publicidad. Esto, en concordancia con los artículos 1º y 2º de la Constitución, de acuerdo con los cuales, el mencionado principio constituye uno de los elementos definitorios en nuestra concepción de Estado y permite el cumplimiento de uno de sus fines esenciales: "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan" (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 10 de febrero de 2016, T-051/16. Véase igualmente: Lindsay Stirton & Martin Lodge, Transparency Mechanisms: Building Publicness into Public Services, Journal of Law and Society, Vol. 28, No. 4, 2001, p. 476. Lene Johannessen, Jonathan Klaaren, Justine White, A Motivation for Legislation on Access to Information, The South African Law Journal, Vol. 112, No. 1, 1995, p. 47.

41 Schauer, ob. cit., pp. 1344-1345.

42 "El concepto de participación es inherente al Estado democrático. Constituye no solo uno de sus principales mecanismos para acercar a la realidad el principio de igualdad de los asociados en el ejercicio del poder, sino que coadyuva como el principal medio de ampliación de los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. La participación se instituye como solución histórica frente a la grave crisis del sistema democrático representativo. La crisis del sistema representativo, con la acumulación de funciones en el ejecutivo, ha hecho que la esencia de la democracia se amplíe y que los ciudadanos se incorporen directamente a los asuntos administrativos, que es donde evidentemente se concentra el poder político. El moderno derecho administrativo no puede negar esta realidad; de ahí que incluye en su objeto el estudio de estos fenómenos amplificadores". Santofimio Gamboa, ob. cit., p. 396.

43 "En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública" (negrilla fuera del texto). Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

44 "Para el tema de la participación ciudadana en la Administración... existe hoy una especial sensibilidad: «participación» es una gran entelequia social y política de nuestro tiempo; hay una verdadera Partizipationseuphorie ha dicho Schmitt-Glaeser, una «ideología de la participación» (Chevalier)". (...) Las técnicas de participación eran, en realidad, varias y complejas, y hoy tienden a desarrollarse aún más. Contribuye a ello, por una parte, la conciencia de la necesidad de una interiorización (o acercamiento, al menos) del poder en la sociedad, sustituyendo la antigua separación entre sociedad y Estado, que fue base de la construcción liberal, por una ósmosis recíproca (Forsthoff). En segundo término, y como un desarrollo de lo anterior, la exigencia de (...) de sacar a la luz la *Arkanverwaltung*, los *arcana principis*, en donde se rompe la identidad entre gobernantes y gobernados, que es el gran dogma democrático y social contemporáneo. Finalmente la conveniencia, como técnica elemental de eficiencia, de complementar, si no sustituir, la tradición de la Administración autoritaria con una Administración participada o concertada. (...). En este sentido, la idea de una participación de los administrados en los procesos de decisión parece capaz no solo de disminuir las disfunciones organizativas y burocráticas, sino también de obtener un nuevo consenso, una legitimidad nueva (Chavelier) que permita superar la crisis actual del mando autoritario, generalizada a todas las esferas; constituye, así, la ideología participativa un verdadero contrapunto al desarrollo de los sistemas burocráticos". (negrilla fuera de texto). Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, 9ª edición. Thomson Civitas, 2004, pp. 83, 85. Los mismos autores identifican varias formas de participación del ciudadano en la Administración, entre estas se encuentra la denominada "participación funcional", respecto a la cual señalan: "Aquí el ciudadano, sin dejar de serlo, adopta una posición puramente individual de colaborador de la Administración. Destacaremos entre estas fórmulas participativas: a) Participación en informaciones públicas. La Administración hace público un proyecto determinado y suscita de manera explícita una invitación a los ciudadanos para que lo enjuicien y lo valoren y la sometan sus proposiciones sobre el mismo con anterioridad a su aprobación definitiva. Es así un procedimiento de suscitar la formulación de demandas sociales sobre la materia de que se trate, de tantear de manera previa los posibles intereses que puedan resultar afectados, la previsión de aceptaciones o de repulgas que pueda suscitar un proyecto, el conocimiento de eventuales alternativas que puedan aparecer como preferibles. No es infrecuente la institucionalización de esta técnica: en materia de formulación de anteproyectos de Reglamentos estatales [art. 24. 1 LGO] y de Ordenanzas y Reglamentos Locales (art. 49 LRL), de elaboración y aprobación de Planes de urbanismo e instrumentos complementarios (arts. 116, 125 y correlativos del Reglamento de Planteamiento urbanístico de 1978), de aprobación de Presupuestos Locales (art. 150 LHL), etc. El art. 86 LPC regula un procedimiento común de información pública". (negrilla fuera del texto) Ibidem, p. 91.

45 "Son fines esenciales del Estado: 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".

46 "El artículo 1º C. P., que prefigura ese modelo estatal, indica que está organizado de modo democrático y participativo, valores que actúan de manera coordinada en la justificación y validez del ejercicio del poder político. En tal sentido, la Corte ha considerado que la participación democrática es uno de los pilares del constitucionalismo colombiano, en tanto permite que el Pueblo, titular del poder soberano, incida, desde una perspectiva material, en la definición de las distintas políticas estatales, sin perjuicio del carácter expansivo de la democracia participativa a otras esferas de la vida social". Corte Constitucional. Sentencia del 23 de junio de 2011, C-490/11.

47 "El derecho a que la ciudadanía se involucre en la toma de decisiones que, tanto en el ámbito público como privado, resultan relevantes para el desarrollo de la vida en comunidad tiene fundamento en el principio democrático –artículo 1º de la Constitución–, que a su vez nutre de contenido al carácter participativo del Estado colombiano, tal y como también es definido por el artículo 1º de la Constitución. A dichos parámetros de

Se trata de otro factor que determina el derecho administrativo democrático. La participación supone que los intereses que se pueden encontrar afectados por una determinada decisión han tomado parte en el proceso previo, propio no solo del acto particular, sino del general.

De ahí que se clasifiquen diversas formas de participación de los ciudadanos, desde el individuo afectado en forma particular, a todos aquellos grupos o asociaciones que tienen intereses legítimos protegidos jurídicamente, de carácter corporativo o colectivo<sup>48</sup>. De esta suerte, el Estado tiene el deber de promover la participación de las personas, lo cual puede hacer a través de distintos instrumentos. En esta dirección ha señalado la Corte Constitucional:

*“Este fin esencial se enmarca en el contexto de la democracia participativa. Al Estado no le basta con abstenerse de obstaculizar la participación de las personas, sino que tiene el deber de promoverla, por medio de diversos instrumentos, dentro de los cuales se encuentran los mecanismos de participación ciudadana: voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato, reconocidos en el artículo 103 de la Constitución. Además de estos mecanismos existen otros escenarios de participación, como es el caso de los consejos de planeación (art. 340), tanto en el ámbito nacional como en el ámbito local”.* (Negrilla fuera del texto)<sup>49</sup>.

### 3) El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica ha sido entendido:

*“[C]omo una norma-principio que exige de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto de su capacidad de – sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad – plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro”*<sup>50</sup>.

construcción e interpretación del ordenamiento jurídico debe sumarse el artículo 2º de la Constitución, que define como un fin esencial del Estado colombiano facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

Cuando el fin esencial previsto en el artículo 2º de la Constitución se manifiesta de forma concreta adquiere el carácter de derecho fundamental de los miembros de la comunidad, en tanto es reflejo y desarrollo de situaciones en donde aspectos relativos a su dignidad humana se ven involucrados. **Se resalta que el deber constitucional de involucrar a la comunidad en el proceso de decisión de los asuntos que la afectan no se circunscribe al campo de la participación electoral**” (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 11 de marzo de 2014, C-133/14.

48 Se observa la participación como contribución del ciudadano en la configuración de la sociedad, desde la distinción entre mera cooperación y codesión, con múltiples situaciones intermedias, donde es necesaria una fase de diálogo. Como lo señala la doctrina: “En tal sentido, no cabe aislar estrictamente una fase de “diálogo”, ya que, como correctamente ha destacado Walter Schmitt Glaeser, **la participación tiene una «influencia configuradora» sobre el procedimiento de decisión y, por tanto, sobre la decisión misma**. Esta idea de contribución a la configuración de la decisión considera mejor las posibilidades de influencia de terceros en aquellos supuestos en los que se trata de concretar, reduciendo la discrecionalidad, los supuestos de hecho previstos en las leyes, como, por ejemplo, en la definición de la política de planeamiento o de los servicios sociales. **Esta participación configuradora puede mejorar la legitimidad objetiva-material democrática, ya que contribuye a completar las decisiones que el Parlamento había dejado abiertas**” (negrilla fuera del texto). Eberhard Schmidt-Assmann, La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, 2003, p. 121. **Se trata de contribuir con el diálogo a la racionalidad de las decisiones administrativas y de entender el procedimiento, entre otros, “como medio para asegurar los derechos fundamentales, hasta una concepción que ve el procedimiento y a la participación en el mismo como elementos jurídicos objetivos y estructurales en el contexto de la adopción de decisiones por parte del Estado”**. (negrilla fuera del texto). Ibidem, pp. 121-122.

49 Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2013, T-245/13. “En todas esas normas es clara la voluntad del Constituyente en el sentido de facilitar, estimular y aun hacer forzosa en algunos casos la presencia activa de los gobernados en los distintos campos, adoptando decisiones, presentando fórmulas, tomando posiciones en asuntos de interés público y en la búsqueda de soluciones para sus problemas y necesidades”. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de enero de 1996, C-021/96.

50 Humberto Ávila, Indicadores de Seguridad Jurídica, en Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica (Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán (eds.), Marcial Pons, 2015, p. 211.

A través de este principio se busca que el derecho sea cognoscible<sup>51</sup>, confiable<sup>52</sup> y calculable, de tal suerte que sirva de instrumento para orientar y proteger a las personas<sup>53</sup>. Al respecto, Humberto Ávila señala:

*“[S]i el ciudadano consigue de forma aproximada medir las consecuencias que en el futuro se aplicarán a los actos realizados en el presente y si el cambio del derecho no es brusco, esto es, que se produzca de un momento para otro y sin previo aviso, ni drástico, es decir, que suponga una modificación intensa y restrictiva de las consecuencias hasta entonces vigentes. (...)”*

*De este modo el derecho será calculable y, en consecuencia, habrá seguridad jurídica si el destinatario de la norma puede anticipar con un periodo razonable de tiempo la norma que le será aplicable<sup>54</sup>.*

El principio de seguridad jurídica no tiene una expresa consagración en nuestra Carta política, sin embargo, se ha considerado como un desarrollo del principio de buena fe para que la norma sea clara tanto en su contenido como en sus efectos, con el fin de que el ciudadano sepa a qué atenerse. De esta manera, se deben evitar preceptos ininteligibles o que inciten o dejen puertas abiertas a varias interpretaciones que sean contradictorias entre sí.

#### 4) El principio de eficacia

Otro de los principios reconocidos por la Constitución Nacional y la Ley 1437 de 2011 es el principio de eficacia<sup>55</sup>. Este principio guía el comportamiento de la administración, constituye una herramienta para alcanzar los fines del Estado<sup>56</sup> y le impone a las autoridades la obligación de atender las necesidades de los ciudadanos y adoptar las acciones necesarias para alcanzar la materialización de sus derechos<sup>57</sup>. Por consiguiente, no pueden estas asumir una actitud pasiva o estática ante situaciones que afecten negativamente los derechos

51 “La cognoscibilidad significa un estado de cosas en el que los ciudadanos poseen, en gran medida, la capacidad de comprender, material e intelectualmente, estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, materiales y procedimentales, mínimamente efectivas. De esta forma, habrá cognoscibilidad del derecho si el ciudadano tiene condiciones satisfactorias de identificar la disposición legal aplicable y comprender su sentido, de modo que pueda actuar y orientarse con base en él. La cognoscibilidad marca la dimensión presente de la seguridad jurídica e indica las cualidades que el derecho debe tener para poder considerarlo seguro y, con ello, servir de instrumento efectivo de orientación para el ciudadano”. Ibidem, p. 212.

52 “Existirá confiabilidad si el ciudadano que actuó de conformidad con el derecho ayer no se ve sorprendido hoy con un cambio injustificado y restrictivo de las consecuencias anteriormente aplicadas o aplicables. La confiabilidad marca los requisitos que el derecho debe cumplir en la transición del pasado al presente e indica cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que el derecho pueda asegurar derechos al ciudadano y, con ello, servirle de instrumento de protección”. Ibidem.

53 “La seguridad jurídica, por tanto, requiere que el derecho sea cognoscible, confiable y calculable para poder ser un instrumento de orientación, protección y tranquilidad para las personas”. Jordi Ferrer Beltrán y Carolina Fernández Blanco, Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica, en Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica (Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán (eds.), Marcial Pons, 2015, p. 246. Véase igualmente: José Bermejo Vera, El principio de seguridad jurídica, en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo (Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.)), La Ley, 2010, p. 74.

54 Ávila, ob. cit., pp. 212-213, 223.

55 “En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”. Ley 1437 de 2011, artículo 3°.

56 “Por consiguiente, debe recordarse que por expreso mandato constitucional (artículo 209), la función pública debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia en el servicio, los cuales son también pautas de comportamiento del Estado Social de Derecho y uno de los mecanismos para desarrollar los fines esenciales del Estado”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de octubre de 1998, T-559/98.

57 “Así, se ha entendido por esta Corporación que “los mandatos contenidos en los artículos 2° y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales”, todo lo cual “se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2007, C-282/07.



e intereses de la ciudadanía<sup>58</sup>. En relación a este principio, la doctrina nacional ha indicado:

*“La eficacia como principio del Estado social y democrático del derecho, se refiere a la actitud o cualidad exclusiva y específica de la administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones, para alcanzar los resultados presupuestados o buscados por el ordenamiento jurídico”.*

*(...) Ahora bien, dado que el principio de eficacia rige el desenvolvimiento material de la administración, en su aplicación se hayan implicados los fenómenos de planeación, de presupuestación pública y consiguientemente el conocimiento previo de los conceptos entre los cuales ha de producirse el resultado mínimo buscado por la administración pública (...)*<sup>59</sup>.

### 5) Los principios de celeridad y economía

Los principios de celeridad y economía son otros de los principios que guían la actividad de la administración<sup>60</sup>.

Así, en virtud del primero, las autoridades administrativas deben cumplir sus funciones y adelantar sus actividades con la mayor prontitud, de tal suerte que su gestión sea oportuna para la consecución de los fines del Estado. En esta dirección, la Corte Constitucional señaló:

*“En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que este implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general.*

*Igualmente ha señalado esta Corporación, que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política, en el cual se señala que las autoridades de la nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública”*<sup>61</sup>.

58 “En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, C-826/13.

59 Mario Roberto Molano López, Transformación de la Función Administrativa, Colección Profesores 37, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 68, 70.

60 “Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de estas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo”. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de agosto de 2012, C-643/12.

61 Corte Constitucional. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, C-826/13. “Por su parte, el artículo 209 de la Constitución declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en varios principios, de los cuales cabe ahora destacar los de igualdad, eficacia y celeridad”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, T-391/98.



El principio de celeridad y temporaneidad implica que “El Derecho solo es eficaz cuando se aplica a tiempo”. El Estado de Derecho urge que los procedimientos administrativos se concluyan en un tiempo razonable<sup>62</sup>.

Por su parte, en virtud del principio de economía, las autoridades administrativas deben en sus actuaciones proceder con eficacia y optimizar el uso del tiempo y los recursos, buscando en todo caso que su actuar, no solo tenga el más alto nivel de calidad, sino que también proteja efectivamente los derechos de las personas<sup>63</sup>.

### C. Gobernanza, buen gobierno y la calidad regulatoria

Con la evolución del Derecho Administrativo ha cambiado la relación del ciudadano con las autoridades. Así, las personas han pasado de tener un papel pasivo en el proceso de fijación de las políticas públicas, a uno activo o protagónico. Igualmente, dicha evolución ha permitido reconocer que la Administración no es autárquica, pues necesita de otras administraciones y del sector privado para el desarrollo de las políticas públicas. En este contexto, el procedimiento administrativo debe permitir y facilitar la participación y diálogo entre la administración y los ciudadanos durante el proceso de adopción de los reglamentos<sup>64</sup>.

Precisamente, la colaboración entre el Estado y la sociedad es un aspecto fundamental que promueve y defiende la doctrina moderna desde la figura de la gobernanza, la cual considera que la Administración no debe actuar de forma solitaria, sino por el contrario bajo un esquema de deliberación conjunta, interacción, coproducción o asociación con la sociedad<sup>65</sup>. Así se ha establecido:

*“De esta constatación, la gobernanza surge como un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y de mercado, caracterizado por un mayor grado de cooperación entre los gobiernos y administraciones públicas y actores no gubernamentales en la hechura de las políticas públicas. Se espera que a través de este proceso de elaboración de las políticas, fundamentado en la colaboración, el consenso y la participación de distintos actores, se mejoren*

62 “La reciente y amplia discusión sobre la celeridad administrativa ha contribuido decisivamente a tomar conciencia sobre la relevancia del factor tiempo. (...) Esa iniciativa ha acabado por proyectarse sobre el Derecho administrativo general (vid 6/105-106): se reduce la estructura estándar del procedimiento administrativo, se prevé la celebración de reuniones tras la presentación de solicitudes, se introducen procedimientos fugaces, plazos para la adopción de decisiones y normas sobre preclusión de procedimientos”. Schmidt-Assmann, ob. cit., p. 70.

63 “12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”. Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

64 “Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias, tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre Administraciones y el público más intenso y efectivo; la elaboración de las circulares de un organismo regulador en materia de telecomunicaciones, en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas; la elaboración de documentos de Derecho indicativo o “soft law” (manuales, recomendaciones, vademécum, revisión por pares, etc.); reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas, etcétera. Son numerosas, y en ocasiones más relevantes, las fórmulas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información, consultas para identificar las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc”. Javier Barnes, Tres generaciones de procedimiento administrativo, en Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa (Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke eds.), Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 145-146.

65 “Se denomina gobernanza en sentido estricto o “nueva gobernanza”, moderna, al proceso en el que la definición del sentido de dirección de la sociedad, de las actividades para realizar los objetivos (resolver problemas, enfrentar desafíos, crear futuros de valía), de las formas de organizarse y del modo como se distribuirán los costos y beneficios ya no es ni puede ser obra exclusiva del gobierno, considerado como actor único o dominante, sino que es el resultado de la deliberación conjunta – interacción – interdependencia – coproducción – corresponsabilidad – cogobierno – asociación entre el gobierno y las organizaciones privadas y sociales. A lo largo del proceso de la decisión directiva y de su implementación los gobiernos y las organizaciones juegan roles cambiantes con acoplamientos en las negociaciones según la naturaleza de los problemas, sus relaciones internas y las circunstancias sociales”. Luis F. Aguilar, Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, 2010, pp. 41-42.

*los resultados y rendimientos de las políticas y, en definitiva, se garantice la gobernabilidad del sistema político*<sup>66</sup>.

En desarrollo de lo anterior, la adopción de una norma jurídica por parte de la administración implica que existan procedimientos justos, accesibles y abiertos<sup>67</sup>. En esta dirección el profesor Ariño Ortiz ha señalado:

*“Para adoptar una decisión regulatoria, cualquiera que sea, hay que seguir determinados procedimientos formales: convenios, audiencias públicas, llamamiento a los interesados, solución de reclamaciones, control judicial final, con las cuales se va estableciendo una parte de los equilibrios necesarios. Además, hay que explicar, en foros, organismos consultivos o publicaciones de diversos tipos, la razón económica o técnica de la decisión que se pretende adoptar, razón que puede ser discutida técnicamente en los foros específicamente regulatorios o fuera de ellos”*<sup>68</sup>.

La participación ciudadana en el proceso de formulación de las normas proferidas por la administración, puede adelantarse a través de distintos mecanismos<sup>69</sup>. Entre los más importantes se encuentra el de la consulta<sup>70</sup>, la cual puede surtirse a través de la publicación de un proyecto de norma y la recepción de comentarios a través de correos electrónicos o la página web de la entidad estatal<sup>71</sup>. El mecanismo de la consulta ha sido calificado positivamente, pues, entre otros: i) promueve la participación entre diversos grupos, ii) constituye un mecanismo de control al proceso de decisión y iii) otorga legitimación a la decisión<sup>72</sup>.

66 Cristina Zurbriggen, *Gobernanza: una mirada desde América Latina*, Perfiles Latinoamericanos No. 38, Julio/Diciembre 2011, p. 40.

67 “La base del argumento del debido proceso es que el apoyo público es merecido porque el regulador usa procedimientos que son justos, accesibles y abiertos. Por lo tanto, la atención es puesta en la equidad, justicia y consistencia en el tratamiento, pero también en los niveles de participación que las decisiones regulatorias y el proceso de política permiten al público, consumidores y otras partes afectadas. La razón subyacente de dicho argumento es que una adecuada influencia democrática sobre la regulación es asegurada a través del debido proceso observado y que esta influencia tiene un efecto legítimo”. (traducción libre). Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 29.

68 Ariño Ortiz, ob. cit., p. 669.

69 Entre los distintos mecanismos identificados por la doctrina para permitir la participación del público se encuentra el denominado en inglés “notice-and comment”, el cual se aplica en los Estados Unidos en el proceso de promulgación de normas de la administración federal. A través de este mecanismo se logra tanto informar como consultar al público respecto de las propuestas de normas. Un segundo mecanismo es el denominado en inglés “negotiated rule making”. Bajo esta modalidad se establece un foro de discusión directa entre representantes de la sociedad y el gobierno. El propósito es alcanzar un consenso respecto a la regla propuesta. Asimismo, se caracteriza porque las discusiones se encuentran abiertas al público. Aunque no se alcance el consenso, esta regla le permite al gobierno mejorar la calidad de la regulación a través de la discusión de asuntos técnicos. Igualmente, promueve la confianza entre la administración y los administrados. Finalmente, un tercer mecanismo es el denominado “policy dialogue”, en virtud del cual se establece una mesa de discusión entre diferentes grupos de interés que dialogan con el propósito de discutir un asunto en el que tienen un interés mutuo. En este sistema se reconoce que las personas pueden tener una posición diferente frente a un mismo problema. Alberto Alemanno, *Stakeholder engagement in regulatory policy*, en *Regulatory Policy in Perspective*. A reader’s companion to the OECD regulatory policy Outlook, 2015, p. 127.

70 “La etapa del proceso de elaboración de la política que tradicionalmente acoge a la mayoría de los mecanismos de participación de personas interesadas es la de preparación y diseño de la política. Habiéndose establecido la existencia de un problema que justifica una acción política, quienes elaboran la política trabajan en un primer borrador de propuesta que se somete a escrutinio público con el propósito de obtener información y comentarios de las personas interesadas. Aunque la forma en que los aportes externos son canalizados dentro de la preparación de la política varían dependiendo del mecanismo, este generalmente consiste en un mecanismo de consulta”. (traducción libre) Ibidem, 121.

71 “Usualmente la consulta toma la forma de un proyecto legislativo en la página web del ministerio o departamento y permite el envío de comentarios a través de correo electrónico o una forma en la red. Muchos países están usando ahora portales web centralizados del gobierno para hacer que todas las consultas estén disponibles en un solo lugar”. (traducción libre). Ibidem, p. 125.

72 “Consulta: Existe un acuerdo casi universal de que la consulta es una “cosa buena”. Cuatro razones han sido tradicionalmente resaltadas. Se ha dicho que la consulta mejora la evidencia base para la toma de la decisión regulatoria. Segundo, la consulta promueve la participación entre diversas personas interesadas. Tercero, la consulta es una forma para controlar la toma de la decisión (...) Finalmente, la consulta es también considerada crucial para avanzar en la legitimidad en la toma de la decisión”. (Traducción libre). Martin Lodge, *Trends and challenges in regulation and regulatory policy*, en *Regulatory policy in perspective*. A reader’s companion to the OECD regulatory policy outlook 2015, 2015, p. 25. “La consulta eficaz es una consideración clave para garantizar que los intereses de ciudadanos y empresas se tomen en cuenta al desarrollar y diseñar regulaciones. La consulta mejora la efectividad de las regulaciones mediante el uso de la información que entidades reguladas aportan sobre sus probables impactos. Poner a consideración los problemas y las posibles deficiencias aumenta el compromiso de los interesados y promueve una mayor probabilidad de cumplimiento. El efecto positivo de una mayor transparencia y del compromiso de los actores no se limita a las regulaciones, sino que también se aplica al desarrollo y cumplimiento de políticas y programas”. OCDE, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la*

## 1) La política de la OCDE en materia regulatoria

Organizaciones internacionales como la OCDE han promovido la adopción de políticas regulatorias adecuadas<sup>73</sup> por parte de los Estados<sup>74</sup>, políticas que se ubican dentro del concepto de “gobernanza regulatoria”<sup>75</sup>. En este sentido, el documento de la OCDE “Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria”<sup>76</sup>, sugirió a los Estados:

*“Adherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio a fin de asegurar que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta. Esto conlleva ofrecer oportunidades significativas (incluso en línea) para que el público contribuya al proceso de preparar borradores de propuestas regulatorias y a la calidad del análisis de apoyo. Los gobiernos deben asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones”.*

Como medidas para implementar esta recomendación, los gobiernos deben: i) desarrollar procesos de consulta para obtener información de forma más eficiente y de mejor calidad,

---

simplificación administrativa, OECD Publishing, 2014, p. 90. “Es esencial que el Sistema regulatorio sea transparente para establecer un ambiente regulatorio estable y accesible que promueva la competencia, el comercio, y la inversión, y ayude a proteger de la indebida influencia de intereses especiales. La transparencia refuerza la legitimidad y la justicia del proceso regulatorio. Envuelve un rango amplio de prácticas, incluyendo procesos estandarizados para hacer y reformar regulaciones, consulta con las partes interesadas, lenguaje sencillo en la redacción, publicación y codificación”. (Traducción libre). OECD, Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, 2016, p. 84.

- 73 Es importante señalar que por política regulatoria la OCDE ha entendido: “el proceso mediante el cual el gobierno, cuando identifica un objetivo de política pública, determina si empleará la regulación como instrumento de política, y en seguida elabora un borrador y adopta una regulación mediante un proceso de toma de decisiones basado en evidencia” (OECD, 2012). La política regulatoria es esencial para un proceso formal y confiable que vincule las metas y acciones de política pública con la regulación. (...) “Una política regulatoria efectiva tiene tres componentes básicos que se refuerzan entre sí: debe adoptarse en el nivel político más alto; contar con estándares de calidad regulatoria explícitos y medibles; y permitir una capacidad sostenida de administración regulatoria (OECD, 2002)”. OCDE, 2014, ob. cit, pp. 41-42.
- 74 “El objetivo de la política regulatoria es asegurar que las regulaciones sustenten el crecimiento económico y el desarrollo, la consecución de objetivos sociales más amplios tales como el bienestar social y la sostenibilidad ambiental, así como también fortalecer el Estado de Derecho. Ella aborda la necesidad permanente de asegurar que las regulaciones y los marcos regulatorios sean justificados, de alta calidad y alcancen los objetivos de las políticas. Ayuda a quienes fijan las políticas a tomar decisiones informadas sobre qué regular, a quién regular y cómo regular. Como una parte integral de un gobierno público efectivo, la política regulatoria también ayuda a formar la relación entre el Estado, los ciudadanos, los empresarios y la sociedad civil” (traducción libre). OCDE, Regulatory policy and governance. Supporting economic growth and serving the public interest, OCDE, 2011, p. 7.
- 75 “La gobernanza regulatoria efectiva maximiza la influencia de la política regulatoria para generar regulaciones que tengan un efecto positivo en la economía y la sociedad, y que alcancen los objetivos implícitos de política pública. Se ocupa del diseño y la implementación de la regulación, así como de asegurar su cumplimiento. Conlleva un enfoque integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias”. OCDE, Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria. OCDE. 2012, p. 24.
- 76 Es importante destacar que por regulación, a la luz de las buenas prácticas que en materia regulatoria promueve, la OCDE la entiende en términos generales como las reglas que los gobiernos imponen a los ciudadanos y empresarios. Véase Lodge, 2015, ob. cit. 12. “Para la OCDE, la definición de regulación es muy amplia; abarca una variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas. Las regulaciones incluyen leyes, órdenes formales e informales y reglamentos subordinados que emanan de todos los órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación”. (negrilla fuera del texto). OCDE, 2012, p. 24. Un ejemplo de que la OCDE entiende el concepto de regulación como norma jurídica se encuentra en el documento titulado “Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa”, en el cual se identificó la jerarquía de las regulaciones en Colombia en los siguientes términos: “Cuadro 3.1. Jerarquía de las regulaciones en Colombia 1. Constitución Política 2. Tratados internacionales 3. Leyes: Constitución Política de Colombia, Capítulo III • Leyes orgánicas: Constitución Política, Art. 151 • Leyes estatutarias: Constitución Política, Art. 152 • Leyes marco: Constitución Política, Numeral 19, Art. 150 • Leyes de atribuciones: Constitución Política, Numeral 10, Art. 150 • Leyes que dan curso a referendo: Constitución Política, Art. 103 • Leyes aprobatorias: Constitución Política, Art. 93, Art. 150 (Numeral 14, 16) • Leyes ordinarias: Aquellas promulgadas por el Congreso con base en las competencias asignadas en el Capítulo III de la Constitución 4. Decretos • Decretos ley (emitidos por facultades extraordinarias del Ejecutivo): Constitución Política, Numeral 10, Art. 150 • Decretos legislativos (emitidos en situación de excepción): Constitución Política, Art. 212 • Decretos estatutarios • Decretos regulatorios: Constitución Política, Numeral 11, Art. 189 • Decretos marco (aquellos que dan origen a las leyes marco) • Decretos ejecutivos (competencia residual): Constitución Política, Parte 4, Art. 115 • Decretos compilatorios 5. Resoluciones: Constitución Política, Numeral 11, Art. 189 6. Circulares: Norma Técnica Colombiana NTC 3234 documentación, elaboración de circulares 7. Ordenanzas Departamentales 8. Acuerdos Municipales”. OCDE, 2014, ob. cit., p. 39.

ii) tomar en cuenta a las partes interesadas<sup>77</sup> durante el proceso de formulación de la regulación, y iii) colocar a disposición del público las decisiones y los datos relacionados con la medida regulatoria<sup>78</sup>.

## 2) La experiencia internacional en materia de consulta

En el campo internacional es posible identificar varias experiencias de países que han establecido procedimientos para la participación de los ciudadanos dentro del proceso de adopción de una norma jurídica por parte de la administración. A continuación se expondrán los casos de los Estados Unidos, España, Argentina y la Unión Europea.

### a. Los Estados Unidos

En el país norteamericano, la Ley de procedimiento administrativo<sup>79</sup>, norma incorporada en el Código de los Estados Unidos (*United States Code*), establece que las propuestas de normas jurídicas (*rules*)<sup>80</sup> que deban preferir las agencias federales<sup>81</sup> deben publicarse por regla general en el Código de Regulaciones Federales (*Code of Federal Regulations*). Asimismo, la ley ordena a dichas agencias que permitan a las personas interesadas en participar en el proceso de adopción de la norma, enviar opiniones, datos o argumentos<sup>82</sup>.

77 “La política regulatoria debe tomar en cuenta a los beneficiarios de la protección regulatoria, así como aquellos que incurran en obligaciones en materia regulatoria. Las personas que tienen que ver con la regulación, y que son afectadas por esta, abarcan a ciudadanos, empresas, consumidores y empleados (incluidas sus organizaciones y asociaciones representativas), el sector público, las organizaciones no gubernamentales, los socios comerciales internacionales y otros actores”. OCDE, 2012, ob. cit., p. 27.

78 “2.2 Los gobiernos deben cooperar con los actores o partes interesadas en la revisión de regulaciones existentes y el desarrollo de nuevas al: » Involucrar activamente a todos los actores pertinentes durante el proceso de formulación de la regulación y diseñar procesos de consulta para maximizar la calidad y efectividad de la información que se obtenga;

(...)

» Poner a disposición del público, en la medida de lo posible, todo el material pertinente de los expedientes regulatorios, incluidos los análisis de sustento, así como las razones de las decisiones regulatorias y los datos concernientes”. (negrilla fuera del texto). *Ibidem*, p. 11.

79 “Desde su promulgación en 1946, la Ley de Procedimiento Administrativo (APA) ha servido de fundamento legal para la participación de las personas interesadas en el desarrollo de las regulaciones de las agencias federales del gobierno de los Estados Unidos. Uno de los elementos centrales del APA es la elaboración de normas vía el proceso de noticia y comentario. Bajo la APA, las agencias deben por regla general, sujeto a un número de excepciones, publicar en el Registro Federal anuncios de normas propuestas, otorgar a los interesados oportunidades para comentar, y responder a los asuntos que surjan de los comentarios”. (Traducción libre). Steven J. Balla y Susan E. Dudley, *Stakeholder participation and regulatory policy making in the United States, en Regulatory Policy in Perspective*. A reader’s companion to the OECD regulatory policy Outlook, 2015, p. 163.

80 “(4) “regla” significa la totalidad o parte de la manifestación de una agencia de aplicación general o particular y efecto futuro diseñada para implementar, interpretar o prescribir una ley o política o describir la organización, procedimiento o requisitos de ejercicio de una agencia (...).” (traducción libre). 5 USC § 551.

81 “Agencia” significa cualquier autoridad del gobierno de los Estados Unidos, esté o no adentro o sujeta al control de otra agencia, pero no incluye: (A) El Congreso; (B) las cortes de los Estados Unidos; (C) los gobiernos de los territorios o posesiones de los Estados Unidos; (D) el gobierno del Distrito de Columbia; o exento de los requisitos de la sección 552 de este título – (E) agencias integradas por representantes de las partes o representantes de organizaciones de las partes para las disputas determinadas por ellas, (F) cortes marciales y comisiones militares; (G) autoridad militar ejercida en el campo en tiempos de guerra o en un territorio ocupado; o (H) funciones conferidas por las secciones 1738, 1739, 1743 y 1744 del título 12; subcapítulo II del capítulo 471 del título 49; o secciones 1884, 1891-1902, y antigua sección 1641(b)(2), del título 50, anexo;” (traducción libre). 5 USC § 551.

82 “Noticia general de la regla propuesta será publicada en el Registro Federal (...) (c) Después de la noticia ordenada por esta sección, la agencia dará a las partes interesadas una oportunidad para participar en la adopción de la regla a través del envío de datos escritos, posturas, o argumentos con o sin oportunidad de una presentación oral. Después de la consideración de los asuntos relevantes presentados, la agencia incorporará en las reglas adoptadas un pronunciamiento general y conciso de su base y propósito”. (traducción libre). 5 USC § 553. “La consulta pública es una herramienta muy desarrollada en los Estados Unidos. Casi todas las regulaciones federales se generan mediante procedimientos administrativos obligatorios, cuyo fin es garantizar la consulta pública y la apertura. Estos procedimientos de “aviso y comentario” dominan el proceso de expedición de regulaciones en Washington al establecer los canales a través de los cuales múltiples grupos de interés se esfuerzan por influir en las decisiones regulatorias formulando argumentos empíricos o legales que respalden sus posturas. La ley sobre Procedimientos Administrativos, promulgada en 1946, establece requisitos mínimos de procedimiento para la formulación de regulaciones. Si bien da a las agencias gran flexibilidad para desarrollar procedimientos, la ley exige que estas publiquen las regulaciones propuestas en el Registro Federal.

Salvo algunas excepciones ampliamente utilizadas, debe dársele al público por lo menos 30 días para presentar comentarios por escrito, y la agencia debe considerar todos los que reciba. El sistema estadounidense de aviso y comentario ha generado un proceso regulatorio extremadamente abierto y accesible en el nivel federal, que respeta las buenas prácticas internacionales de transparencia. En teoría, este proceso está abierto a todos los ciudadanos, en vez de basarse en grupos representativos, lo cual hace que este método se distinga de aquellos utilizados en modelos de consulta más corporativistas y también de los métodos informales que otorgan a los reguladores considerable discreción para decidir a quién consultar. Su efecto consiste en aumentar la calidad y la legitimidad de las políticas públicas al impedir que intereses particulares ejerzan una influencia indebida”. OCDE, 2014, ob. cit., p. 91.

Sin embargo, la publicación y la participación ciudadana no serán necesarias en asuntos relacionados con: i) el ejercicio de funciones militares o de relaciones exteriores, ii) la administración o personal de la agencia, iii) la propiedad pública, iv) prestamos, v) subvenciones, vi) rendimientos y vii) contratos. Tampoco tendrán lugar cuando se trate de reglas sobre: i) interpretación, ii) manifestaciones generales de políticas, o iii) la organización, procedimientos o prácticas de la agencia.

Finalmente, tampoco será necesaria la publicación o participación ciudadana cuando la agencia encuentre una justa causa para que el aviso y el procedimiento público sean impracticables, innecesarios o contrarios al interés público<sup>83</sup>.

## b. España

En España las Leyes 39<sup>84</sup> y 40<sup>85</sup> de 2015, las cuales entrarán a regir a partir del 2 de octubre de 2016 con algunas salvedades<sup>86</sup>, regulan el procedimiento para la elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos. En esta línea, y para el caso de la primera, el Título VI, denominado “De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones”, contiene una serie de disposiciones dirigidas a promover la buena regulación en el país ibérico.

Así, del artículo 129 de la Ley 39 de 2015, el cual establece los principios de buena regulación, se destacan los siguientes aspectos: i) tanto en la iniciativa legislativa como en la potestad reglamentaria, se debe actuar con fundamento en los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia<sup>87</sup>, ii) el principio de transparencia impone a la Administración el deber de facilitar el acceso de la normativa vigente así como también a los documentos relativos a su proceso de elaboración, y iii) asimismo, en virtud del principio de transparencia, la Administración debe permitir en el proceso de la elaboración de las normas la participación activa de los potenciales destinatarios<sup>88</sup>.

83 “(a) Esta sección aplica, de acuerdo a las disposiciones acabadas de mencionar, excepto en la medida que este envuelta: (1) una función militar o de relaciones exteriores de los Estados Unidos; o (2) un asunto relacionado con la administración o personal de la agencia, o la propiedad pública, prestamos, subvenciones, rendimientos o contratos. (...) Excepto cuando un aviso o notificación es ordenado por la ley, esta subsección no aplica: (A) para reglas interpretativas, manifestaciones generales de políticas, o reglas de la organización, procedimiento o práctica de la agencia, o (B) cuando la agencia encuentre una justa causa (e incorpore el hallazgo y una breve afirmación de las razones para ello en la regla promulgada) para que el aviso y el procedimiento público sean impracticables, innecesarios o contrarios al interés público”. (traducción libre). 5 USC § 553.

84 “1. La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 1º.

85 “A través de esta ley se modificó, entre otros, el Título V, “De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno”. “La presente ley establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades”. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 1º.

86 “Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley”. Disposición final séptima. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Véase igualmente Disposición final decimotercera. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

87 “1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”.

88 “5. En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7º de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas”.

Por su parte, el artículo 133 de la misma ley, referente a la “Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos”, señala que de manera previa a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o del reglamento, debe surtirse una consulta pública dirigida a conocer la opinión de los sujetos que potencialmente pueden verse afectados por la norma<sup>89</sup>. También establece la disposición española que, además de la consulta previa, si la norma afecta los derechos e intereses legítimos de las personas, el texto normativo de la iniciativa debe publicarse con el propósito de obtener información del público<sup>90</sup>.

Adicionalmente, la consulta debe adelantarse de tal manera que los potenciales destinatarios de la norma, o quien lo desee, tengan la posibilidad de opinar. Por lo tanto, deben ponerse a disposición de estos los documentos que sean necesarios para el efecto<sup>91</sup>.

Con todo, la ley autoriza que no se realice el trámite de consulta cuando se trate de normas presupuestarias o relacionadas con la organización de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la administración local o las organizaciones dependientes o vinculadas a estas. Igualmente, tampoco será necesaria la consulta cuando existan razones graves de interés público que así lo justifiquen<sup>92</sup>. Por su parte, respecto a estos últimos puntos, la Ley 40 de 2015 dispuso:

*“Podrá prescindirse del trámite de consulta pública previsto en este apartado en el caso de la elaboración de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, o cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia. También podrá prescindirse de este trámite de consulta en el caso de tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2. La concurrencia de alguna o varias de estas razones, debidamente motivadas, se justificarán en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.*

*La consulta pública deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberá proporcionarse un tiempo suficiente, que en ningún caso será inferior a quince días naturales”.*

- 89 “1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias”. En el caso de la Ley 40 de 2015 se dispuso: La elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias se ajustará al siguiente procedimiento: (...)2. Se sustanciará una consulta pública, a través del portal web del departamento competente, con carácter previo a la elaboración del texto, en la que se recabará opinión de los sujetos potencialmente afectados por la futura norma y de las organizaciones más representativas acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias”.
- 90 “2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto”.
- 91 “3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia”.
- 92 “4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen”.

### c. La Unión Europea

En la Unión Europea existen normas y políticas dirigidas a promover la participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de actos, tanto legislativos como delegados y de ejecución<sup>93</sup>. En este sentido, el artículo 11 del Tratado de la Unión Europea establece:

*“1. Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.*

*2. Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.*

*3. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas”.*

En desarrollo de este mandato se adoptó el Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el cual señaló en su artículo 2º que la Comisión, antes de proponer un acto legislativo, debe adelantar un proceso de consulta. Sin embargo, esta no será necesaria en casos de urgencia excepcional<sup>94</sup>.

Asimismo, en el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la Mejora de la Legislación se acordó:

*“Las tres Instituciones consideran que el uso de consultas públicas y de consultas a los interesados, la evaluación ex post de la legislación vigente y las evaluaciones de impacto de las nuevas iniciativas contribuirán a lograr el objetivo de la mejora de la legislación. (...)*

*19. Las consultas públicas y las consultas a los interesados constituyen una parte fundamental de una toma de decisiones fundada y de la mejora de la calidad de la legislación. Sin perjuicio de las disposiciones específicas aplicables a las propuestas de la Comisión en virtud del artículo 155, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Comisión, antes de la adopción de su propuesta, efectuará consultas públicas de forma abierta y transparente, garantizando que las modalidades y plazos de dichas consultas públicas, permitan una participación lo más amplia posible. En particular, la Comisión impulsará la participación directa de las pymes y otros usuarios finales en las consultas, incluidas las consultas públicas por internet. Los resultados de dichas consultas públicas y consultas a los interesados se comunicarán sin dilación a ambos colegisladores y se harán públicos” (...)*

93 “Los artículos 289, 290 y 291 del TFUE establecen una jerarquía de las normas de Derecho derivado entre actos legislativos, actos delegados y actos de ejecución. Se definen como actos legislativos los actos jurídicos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo, ordinario o especial. Por el contrario, los actos delegados son actos no legislativos de alcance general que completan o modifican determinados elementos no esenciales de un acto legislativo. El legislador (Parlamento Europeo y Consejo) puede delegar en la Comisión los poderes para adoptar este tipo de actos. (...) Los actos de ejecución son generalmente adoptados por la Comisión, competente para ello en el caso de los actos jurídicamente vinculantes que requieren condiciones uniformes de ejecución”. Udo Bux, Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. Fichas técnicas sobre la Unión Europea, Parlamento Europeo, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.1.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf).

94 “Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta”.



28. *Las tres Instituciones han convenido en un Acuerdo común sobre los actos delegados y en sus correspondientes cláusulas tipo (en lo sucesivo «Acuerdo común»), anejo al presente Acuerdo interinstitucional. Con arreglo al Acuerdo común, y a fin de mejorar la transparencia y las consultas, la Comisión se compromete a recabar, antes de la adopción de los actos delegados, todo el asesoramiento técnico necesario, incluso mediante la consulta a expertos de los Estados miembros y consultas públicas. Además, y cuando sea necesario un asesoramiento técnico más amplio en las fases iniciales de preparación de los proyectos de actos de ejecución, la Comisión recurrirá a grupos de expertos, consultará a los interesados específicos y llevará a cabo consultas públicas, según proceda<sup>95</sup>.*

#### **d. Argentina**

Argentina cuenta también con una normativa especial que permite la participación de los ciudadanos en la adopción de normas jurídicas proferidas por la administración. La Sala se refiere al Decreto 1172 de 2003, a través del cual se aprobó el reglamento general para la elaboración participativa de normas<sup>96</sup> y que establece el procedimiento para permitir la manifestación de opiniones y propuestas frente a proyectos de normas administrativas o de proyectos de ley que sean presentados por el Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación<sup>97</sup>.

### **3) El caso colombiano**

En Colombia ha existido también la preocupación y el interés por generar espacios y procedimientos de participación que promuevan el diálogo y la consulta de la administración con los particulares en el proceso de elaboración de normas jurídicas que tengan origen en el Ejecutivo, especialmente si se tiene en cuenta que la promulgación de estas normas es el mecanismo a través del cual se materializan las políticas públicas del Estado<sup>98</sup>.

Así, la participación ciudadana en el proceso de toma de las decisiones de la Administración encuentra reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano a nivel constitucional, legal y administrativo.

#### **a. Fundamento constitucional**

En esta dirección, las disposiciones de la Carta Política de 1991 que reconocen y promueven dicha participación son:

95 Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación. 13 de abril de 2016.

96 “El presente Reglamento General es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional”. Artículo 2º.

97 “La Elaboración Participativa de Normas constituye un mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación”. Artículo 3º. “La finalidad de la Elaboración Participativa de Normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley para ser presentados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación”. Artículo 4º.

98 “La producción normativa ocupa un espacio central en la implementación de políticas públicas, siendo el medio a través del cual se estructuran los instrumentos jurídicos que materializarán gran parte de las decisiones del Estado, y cuyo impacto es tan importante como el de la política fiscal y monetaria. Es así, como durante las últimas décadas se han desarrollado herramientas y estándares que garanticen normas de calidad alineadas con el interés general y que respondan a evidencias que justifiquen su existencia”. Documento Conpes 3816 de 2014, p. 8.



i) El artículo 1º que establece que nuestro país es un Estado social de derecho, organizado como una república “democrática, participativa y pluralista”<sup>99</sup>.

ii) El artículo 2º que identifica como uno de los fines del Estado el “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la Nación”<sup>100</sup>.

iii) El numeral 2º del artículo 40, en virtud del cual se establece que todo ciudadano tiene derecho a tomar parte en diferentes formas de participación democrática<sup>101</sup>.

iv) El artículo 78 que ordena al Estado garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les atañen<sup>102</sup>.

v) El artículo 79 que garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que les afecten<sup>103</sup>.

vi) El artículo 103 que establece los distintos mecanismos de participación de los ciudadanos y señala el deber del Estado de contribuir a la organización, promoción y capacitación de asociaciones de distinta índole con el propósito de que tomen parte en instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública<sup>104</sup>.

vii) El artículo 207 que determina que la ley es la encargada de organizar las formas y sistemas de participación de los ciudadanos para la vigilancia de la gestión pública<sup>105</sup>.

## b. Fundamento legal

A nivel legal se consagran distintas normativas que reconocen el derecho de los ciudadanos a participar. Entre estas se destacan las siguientes: a) Ley 21 de 1991<sup>106</sup> que incorpora la

99 “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

100 “Son fines esenciales del Estado: 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”.

101 “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”.

102 “El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

103 “La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.”

104 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”.

105 “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”.

106 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989”.

consulta con comunidades étnicas<sup>107</sup>, b) Ley 99 de 1993<sup>108</sup> que establece la consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes<sup>109</sup>, c) Ley 182 de 1995<sup>110</sup> que ordena la publicación de proyectos de actos de carácter general de competencia de la ANTV<sup>111</sup>, d) Ley 388 de 1997<sup>112</sup> que dispone la consulta ciudadana dentro del proceso de adopción del plan de ordenamiento territorial<sup>113</sup>, e) Ley 489 de 1998<sup>114</sup> que autoriza a las entidades y organismos de la Administración Pública a adelantar las acciones necesarias para involucrar a los ciudadanos y a la sociedad civil en la formulación de la gestión pública<sup>115</sup>, f) Ley 1150 de 2007<sup>116</sup> que ordena la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y de los estudios y documentos previos que sirvieron para su elaboración<sup>117</sup>, g) Ley 1480 de 2011<sup>118</sup> que reconoce como uno de los derechos de los consumidores y usuarios el ser oídos en el

- 107 “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Ley 21 de 1991, artículo 6°.
- 108 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA), y se dictan otras disposiciones”.
- 109 “De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”. Ley 99 de 1993, artículo 7°6.
- 110 “Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”.
- 111 “Procedimiento especial para la adopción de acuerdos. Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento: a) La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar; b) Se concederá un término no mayor de dos (2) meses a los interesados, para que presenten las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación; c) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible, se adoptará la reglamentación que se estime más conveniente; d) Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 de 1985 o en las normas que la modifiquen o sustituyan”. Ley 182 de 1995, artículo 13.
- 112 “Por la cual se modifican la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones”.
- 113 “Instancias de concertación y consulta. El alcalde distrital o municipal, a través de las oficinas de planeación o de la dependencia que haga sus veces, será responsable de coordinar la formulación oportuna del proyecto del plan de Ordenamiento Territorial, y de someterlo a consideración del Consejo de Gobierno. En todo caso, antes de la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial a consideración del concejo distrital o municipal, se surtirán los trámites de concertación interinstitucional y consulta ciudadana, de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) Parágrafo. La consulta democrática deberá garantizarse en todas las fases del plan de ordenamiento, incluyendo el diagnóstico, las bases para su formulación, el seguimiento y la evaluación”. Ley 388 de 1997, artículo 24.
- 114 “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”.
- 115 “Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: a) Convocar a audiencias públicas; b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana; c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública; d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos; e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan; f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa”. Ley 489 de 1998, artículo 32. “Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos. Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada. En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada”. Ley 489 de 1998, artículo 33.
- 116 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.
- 117 “De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna. La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección. Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos”. Ley 1150 de 2007, artículo 8°.
- 118 “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”.

estudio de las decisiones administrativas y legales que los afectan<sup>119</sup> y h) Ley 1757 de 2015<sup>120</sup> que tiene como objeto promover, proteger y garantizar el derecho de los ciudadanos a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural de la nación<sup>121</sup>.

### c. Fundamento en el nivel de la administración

En el nivel de la administración también se consagran importantes iniciativas e instrumentos. Así, en el año 2014 fue adoptado el Documento Conpes 3816, denominado “Mejora Normativa: Análisis de Impacto”, el cual tiene como objetivo principal:

*“[S]entar las bases para institucionalizar el Análisis de Impacto Normativo (AIN) en la etapa temprana del proceso de emisión de las normas desde la Rama Ejecutiva, como herramienta dirigida a fortalecer la confianza, efectividad y transparencia de la normatividad, en el mediano y largo plazo”.*

Con este propósito, el documento plantea distintas estrategias para establecer procedimientos que garanticen la publicidad y la participación de los ciudadanos y grupos de interés en la elaboración de las normas<sup>122</sup>. Entre estas se destaca el uso obligatorio de Análisis de Impacto Normativo (AIN) por las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional que tengan iniciativa legislativa, reglamentaria y regulatoria<sup>123</sup>.

Otro ejemplo importante de la participación ciudadana en el proceso de adopción de normas jurídicas por autoridades administrativas lo constituye el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos, las cuales tienen la obligación de publicar sus proyectos de resolución por mandato del artículo 2.2.13.3.2 del Decreto 1078 de 2015<sup>124</sup>:

*“Publicidad de proyectos de regulaciones. Las Comisiones harán público en su página Web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias, en cuyo caso se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 124 a 127 de la Ley 142 de 1994, reglamentado en el artículo 2.2.13.3.4. del presente decreto”.*

119 “Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes: 1.8. Derecho a la participación: Organizarse y asociarse para proteger sus derechos e intereses, elegir a sus representantes, participar y ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, así como a obtener respuesta a sus peticiones”. Ley 1480 de 2011, artículo 3º.

120 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”.

121 “El objeto de la presente ley es promover, proteger y garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, y así mismo a controlar el poder político. La presente ley regula la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto; y establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles. La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación democrática en la vida política, económica, social y cultural, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley”. Ley 1757 de 2015, artículo 1º.

122 “Las estrategias planteadas están dirigidas a incorporar el Análisis de Impacto Normativo para que las normas cumplan con los objetivos para los cuales son emitidas. De igual forma, para que se establezcan metodologías que garanticen no solo la publicidad de las mismas, y permitan participación efectiva de los ciudadanos y grupos de interés, sino que se analice técnicamente sus posibles impactos económicos, fiscales, ambientales y sociales. (...) En términos de Acceso a la Información, se busca garantizar su acceso por parte de los actores partícipes del proceso de elaboración del proyecto normativo desde la planeación de la normatividad hasta la formulación de la misma, incluyendo la publicación oportuna de toda la información utilizada en el proceso de construcción del proyecto normativo, tales como resultados de consultorías, de los impactos normativos, comentarios a proyectos de producción normativa, conceptos, entre otros. Esta estrategia debe contemplar la vinculación y coordinación con las iniciativas que aborden el tema de transparencia y derecho de acceso a la información pública nacional, como la ley 1712 del 2014”. Documento Conpes 3816 de 2014, pp. 4 y 33.

123 Ibidem, p. 33.

124 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”

Adicionalmente, el Decreto establece que el documento que haga público el proyecto respectivo debe realizar una invitación explícita a los agentes, los usuarios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliados y a la Superintendencia de Industria y Comercio para que remitan sus observaciones o sugerencias<sup>125</sup>.

Otro ejemplo en materia de participación ciudadana en el proceso de expedición de normas jurídicas de la administración es el Decreto Número 1609 de 2015<sup>126</sup>, el cual dispuso en su artículo 2.1.2.1.14, relativo a la publicidad, lo siguiente:

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

Esta norma se encuentra dentro del Título 2º denominado “Directrices Generales de Técnica Normativa”, el cual tiene como objeto establecer las directrices generales en la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones que deban contar con la firma del Presidente de la República<sup>127</sup> y al que se encuentran sometidos los ministerios y departamentos administrativos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2.1.2.1.3.:

*“Ámbito de aplicación. El presente título se aplica a los ministerios y departamentos administrativos que en razón a sus funciones deben preparar proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República.*

*A las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y a las entidades territoriales en relación con los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el presente título les será aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21. del presente Decreto”.*

Por lo tanto, ya existen normas en el ordenamiento jurídico colombiano que atienden a la participación de los ciudadanos en la elaboración de la norma, como preceptos vinculantes para las autoridades administrativas del orden nacional y territorial.

#### D. La potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria ha sido definida por la jurisprudencia como:

125 “Contenido mínimo del documento que haga públicos los proyectos de regulación de carácter general, no tarifarios. Cuando se hagan públicos los proyectos de regulación de carácter general no tarifarios, se incluirán, por lo menos, los siguientes aspectos:

1. El texto del proyecto de resolución.

2. La invitación explícita para que los agentes, los usuarios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliados para todos los temas y la Superintendencia de Industria y Comercio en lo que concierne a la prevención y control de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, remitan observaciones o sugerencias a la propuesta divulgada. (...).

El documento que elaborará el Comité de Expertos de cada Comisión contendrá las razones por las cuales se aceptan o rechazan las propuestas formuladas y podrá agrupar las observaciones, sugerencias y propuestas alternativas en categorías de argumentos.

Cuando se expidan las resoluciones, en la parte motiva se hará mención del documento en el cual cada Comisión revisó los comentarios recibidos y expuso las razones para aceptar o desechar las observaciones, reparos y sugerencias que no se hayan incorporado. Durante el día hábil siguiente al de la publicación de la resolución en el *Diario Oficial*, se hará público el documento correspondiente al que se refiere este párrafo”. Decreto 1078 de 2015, artículo 2.2.13.3.3.

126 “Por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el Título 2 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”.

127 “Artículo 2.1.2.1.1. Objeto. El presente título establece directrices generales de técnica normativa para la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República”.

*“[L]a facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance”<sup>128</sup>*

A través de la potestad reglamentaria, la cual implica el ejercicio de una función administrativa<sup>129</sup>, se busca hacer más precisa y detallada la ley<sup>130</sup> de tal suerte que pueda ejecutarse en debida forma. Por esta razón, el acto de reglamentación constituye no una nueva ley sino un acto complementario<sup>131</sup>.

La potestad reglamentaria encuentra su justificación en la necesidad de garantizar la organización y funcionamiento de la administración y en la existencia de un gran número de sectores en los que el Estado interviene con el propósito de garantizar el bienestar y el interés colectivo<sup>132</sup>. De igual forma, la referida facultad, además de representar un mecanismo de colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo<sup>133</sup>, facilita la inteligencia y entendimiento de la ley por parte de la administración y los ciudadanos<sup>134</sup>.

Con todo, la referida potestad se encuentra sujeta a importantes límites, siendo el más importante su subordinación a la ley<sup>135</sup>, tanto jerárquica<sup>136</sup> como sustancialmente, lo cual

- 128 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. “La potestad reglamentaria es la facultad constitucional atribuida de manera permanente a algunas autoridades para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales se desarrollan las reglas y principios en ella fijados. Su propósito es señalar aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten la debida aplicación de la ley, sin que en ningún caso pueden modificarla, ampliarla o restringirla en cuanto a su contenido material o alcance”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00095-00(1280-09), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).
- 129 “El numeral 11 del artículo 189 C. P. atribuye la potestad reglamentaria 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”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 21 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).
- 130 “Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.
- 131 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 2013, Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00284-00.
- 132 “Como señala la doctrina, la razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden resumirse en dos: i) la necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo y ii) el aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, con la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias. Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.
- 133 “[E]l ejercicio de la potestad reglamentaria permite dictar normas sobre aspectos procedimentales o sustanciales más puntuales (sin que se materialicen o concreten en actos administrativos particulares), que generalmente la ley no definió. Se trata de una especie de colaboración que ejerce el ejecutivo para completar la función del poder legislativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).
- 134 “La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado 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 administrativa”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 21 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).
- 135 “La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.
- 136 “[E]l 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

implica que a través de la expedición de reglamentos no es posible ampliar, restringir, modificar o contrariar la norma promulgada por el legislador (límite por competencia)<sup>137</sup> ni tampoco desconocer su contenido mínimo<sup>138</sup>. Por lo tanto, el Ejecutivo no puede adicionar nuevas disposiciones a la ley<sup>139</sup> ni restringir o impedir la realización de los fines que esta persigue<sup>140</sup>.

Esta restricción es necesaria, pues sin su existencia el Ejecutivo asumiría facultades que son propias del legislador, en forma contraria al principio de separación de poderes<sup>141</sup>.

Igualmente, no es procedente el ejercicio de la potestad reglamentaria cuando la ley establece disposiciones precisas y claras que no demandan una regulación adicional para que sea posible su ejecución (límite por necesidad)<sup>142</sup>. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, entre más detallada sea la norma expedida por el legislador, menor será entonces la extensión de la potestad reglamentaria de la administración. De igual forma, entre menos detallada sea la ley, mayor será el ámbito de acción del Ejecutivo para reglamentarla<sup>143</sup>.

Finalmente, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria no es posible regular asuntos que se encuentran sujetos a reserva de ley, es decir, aquellos que deben necesariamente

---

necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda el reglamento suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos. 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.". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2014, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-000193-00(2143).

- 137 "[E]l límite de la facultad reglamentaria se encuentra en la ley objeto de desarrollo, de modo que el Presidente de la República no puede contrariar el sentido de la norma reglamentada". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1º de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00102-00(1700-06).
- 138 En virtud del contenido mínimo se busca que no exista una delegación en blanco en favor de la autoridad administrativa, razón por la cual la ley debe contener las decisiones básicas con el fin de definir el régimen de la regulación. Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha señalado: "Así pues, las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener criterios inteligibles que establezcan de manera clara: (i) "las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas"; (ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo. Esto es necesario para que el legislador fije el régimen de la regulación de los servicios públicos como lo ordena el principio de reserva de ley, y así se evite que "el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción"". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2002, C-265/02.
- 139 "De lo expuesto pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado, se encuentra un criterio de competencia y, del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de manera que le está prohibido, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.
- 140 "En consecuencia, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de expedición de actos administrativos generales no se puede sobrepasar la ley (debe preservarse su naturaleza y elementos), así como tampoco es posible dictar una regulación que en lugar de facilitar su aplicación (de la ley), la restrinja o impida la realización de sus fines". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223).
- 141 "Esta facultad, está sujeta a ciertos límites que no son otros que la Constitución y la Ley por cuanto a través de esta no es dable ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva su cabal ejecución. Cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en ilegalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento. (...) Como se desprende de lo expuesto, la función administrativa que al Presidente de la República corresponde en ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede en ningún caso exceder la norma que se reglamenta, ni crear, modificar o derogar normas de rango legal, pues ello trasformaría al Presidente de la República en legislador, con desconocimiento de la separación de funciones que corresponde a las distintas ramas del poder". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de julio de 2015, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00240-00(2019-10).
- 142 "El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293)A.
- 143 "La potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, contrario sensu, a menor ejercicio legislativo mayor amplitud reglamentaria". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación número: 11001-03-25-000-2007-000630-00(1299-07). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00.

normarse a través de una decisión fruto del ejercicio de la facultad legislativa<sup>144</sup>.

## 1) La potestad reglamentaria de autoridades diferentes al Presidente de la República

### a) La potestad reglamentaria de autoridades independientes de origen constitucional

La potestad reglamentaria, se encuentra principalmente en cabeza del Presidente de la República, el cual materializa dicha función a través de la expedición de actos de carácter general y abstracto<sup>145</sup> que reciben la denominación de decretos reglamentarios. Con todo, la jurisprudencia colombiana ha venido reconociendo que autoridades distintas al Presidente de la República se les pueda reconocer una potestad reglamentaria limitada y de carácter técnico.

En efecto, el Consejo de Estado ya había advertido desde 1994, la novísima configuración de la rama ejecutiva y las transformaciones en el tratamiento de la facultad reglamentaria, ya no del dominio exclusivo del Presidente de la República,<sup>146</sup> como sucede con el Consejo Superior de la Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República. Se trata de una potestad reglamentaria especial limitada a una competencia específica en los términos señalados por la Carta para cada una de estas autoridades de origen constitucional.

Podría afirmarse que a partir de la Carta de 1991, se reconoce en forma expresa (o necesaria para el ejercicio de su función), la potestad reglamentaria de diversos órganos constitucionales, como garantía de su autonomía y en materias indisponibles para otra clase de normas. Se trata de un sistema policéntrico del ejercicio de la potestad reglamentaria, y sin detrimento de la competencia genérica y residual atribuida al Presidente de la República (artículo 89 numeral 11).

Como ejemplos de lo anterior se encuentran: la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) en cuanto a la administración y vigilancia de la carrera de los servidores públicos, la cual no tiene una consagración expresa de la potestad reglamentaria, pero puede ser requerida para el ejercicio autónomo de su función<sup>147</sup>; el Consejo Superior de la Judicatura quien tiene la facultad de dictar reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia y para la organización y funciones internas y regulación de trámites judiciales y administrativos en los aspectos no previstos por el legislador, así como para administrar la carrera judicial;<sup>148</sup> la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en cuanto a la atribución de expedir su propio reglamento;<sup>149</sup> el Consejo Nacional Electoral

144 "De acuerdo con lo anterior esta la facultad reglamentaria en comento, tiene límites derivados de: a) la propia ley, a saber del grado de desarrollo legislativo, pues "es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa", y b) del constituyente el cual por motivos de reserva legal ha dispuesto que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa, garantía que impide que sea por medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).

145 "En primer lugar debe recordarse que la finalidad de la potestad reglamentaria es la expedición de normas de carácter general orientadas a asegurar la cumplida ejecución de las leyes". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 1 de agosto de 2001, C-805/01.

146 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de mayo de 1994.

147 Corte Constitucional. Sentencia del 26 de mayo de 1999, C-372/99, Corte Constitucional. Sentencia del 17 de noviembre de 2005, C-1175/05, Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2005, C-1265 de 2005, Corte Constitucional. Auto del 25 de junio de 2008, A-142 de 2008.

148 Corte Constitucional. Sentencia del 29 de octubre de 2002, C-917/02.

149 Constitución Política, artículos 235.7, 237.6 y 241.11.



(CNE)<sup>150</sup> cuando se le atribuye la función expresa de reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado y darse su propio reglamento<sup>151</sup>; el Contralor General de la República en cuanto a su potestad de prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación, e indicar los criterios de evaluación financiera operativa y de resultados que deberán seguirse, así como para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial<sup>152</sup>; las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en cuanto a reglamentar las funciones de los prestadores de los servicios a cargo del ente territorial y la eficiente prestación de los mismos, así como las relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, las normas orgánicas de presupuesto y la estructura de la administración territorial, entre otras<sup>153</sup>; el Contador General para ejercer su función de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley<sup>154</sup>.

Mención especial corresponde a la potestad reglamentaria propia y privativa del Banco de la República<sup>155</sup> y de la antigua Comisión Nacional de Televisión para el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución, y que han tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, en especial, como garantía de su autonomía, sin perjuicio de su sometimiento a la Constitución y a la ley<sup>156</sup>.

Se presenta una relación especial surgida de reglamentos constitucionales autónomos en palabras de la Corporación, que permiten afirmar la existencia general de una relación jerárquica, pero también de un criterio de distribución de materias que permiten distinguir las relaciones verticales de jerarquía (sometimiento a ley y a la Constitución en el marco general) y las relaciones horizontales de reparto de competencia (materias atribuidas por la Constitución como competencias exclusivas y excluyentes)<sup>157</sup>. La autonomía reconocida a estas entidades implica su no subordinación a otras autoridades en el campo específico de la competencia otorgada por la Carta, y en segundo lugar una relación del principio de jerarquización matizada, por mandato específico de la norma superior.

La razón de atribuir autonomía a estas autoridades tiene su origen en la identificación de valores y principios que se buscan proteger constitucionalmente mediante una autonomía constitucional y funcional, como sucede principalmente respecto de la Banca Central, y en

150 Corte Constitucional. Sentencia del 24 de octubre de 2005, C-1081/05, Corte Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, C-1153/05, Corte Constitucional. Sentencia del 29 de marzo de 2006, C-238/06.

151 Constitución Política, artículo 265.11.

152 *Ibidem*, artículos 268.11 y 268.11.

153 *Ibidem*, artículos 300 y 313.

154 *Ibidem*, artículo 354.

155 Sobre autonomía del Banco de la República y sus facultades regulatorias y normativas, no consagradas en forma expresa en la Carta, puede verse: Corte Constitucional. Sentencia del 26 de julio de 2000, C-955/00, Corte Constitucional. Sentencia del 8 de agosto de 2001, C-827/01, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de agosto de 2004, C-719/04 y Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2006, C-354/06. Especial mención puede realizarse sobre la potestad sancionatoria atribuida al Banco de la República para la eficiencia y obligatoriedad de sus actos como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, como una atenuación de la reserva de ley de esta potestad. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de agosto de 2001, C-827/01.

156 Corte Constitucional. Sentencia del 7 de noviembre de 1995, C-497/95, Corte Constitucional. Sentencia del 23 de mayo de 1996, C-226/96, Corte Constitucional. Sentencia del 29 de julio de 1997, C-350/97, Corte Constitucional. Sentencia del 1º de agosto de 2001, C-805/01, Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2006, C-532/06, Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, C-1001/07, Corte Constitucional. Sentencia del 27 de mayo de 2010, C-403/10, Corte Constitucional. Sentencia del 14 de julio de 2010, C-570/10, Corte Constitucional. Sentencia del 14 de octubre de 2009, C-726/09, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008, Radicación número: 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).

157 Sobre el tema, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008, Radicación número: 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).



nuestro país, del Banco de la República. Por ello la Corte ha reconocido sus calidades de independencia y neutralidad como condición necesaria para la regulación sectorial<sup>158</sup>.

## b) La potestad reglamentaria de autoridades administrativas de origen legal

El reconocimiento de potestad normativa, facultad reglamentaria, de expedición de reglamentos o de potestad reglamentaria, como distintas denominaciones que ha utilizado la jurisprudencia respecto de distintas autoridades, al parecer, como distinciones formales en cuanto a los actos administrativos de carácter general que expiden para el ejercicio de sus funciones, previa una habilitación legal, ha sido la constante histórica a partir de la Carta de 1991.

Sin embargo, no puede afirmarse un consenso en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la existencia de una potestad reglamentaria atribuida a autoridades administrativas de origen legal.

Inicialmente la Corte Constitucional había planteado la existencia de un sistema difuso de la potestad reglamentaria atribuido por ley a diversas autoridades administrativas<sup>159</sup>, posteriormente desconocida al referirse a los servicios públicos domiciliarios<sup>160</sup>, la cual fue acogida durante varios años por el Consejo de Estado especialmente en sus secciones primera y tercera. Estos planteamientos han sido objeto de modificación y matización.

Aun cuando han existido disímiles pronunciamientos a propósito de atribuciones reglamentarias o normativas por parte de la ley a autoridades administrativas de diversa naturaleza, no obstante, la Sala observa que de una posición inicial restrictiva, en los últimos fallos se ha venido reconociendo una facultad de reglamentación de diversas autoridades de origen legal o señaladas por la Carta<sup>161</sup>.

158 Corte Constitucional. Sentencia del 8 de agosto de 2001, C-827/01.

159 Corte Constitucional. Sentencia del 26 de agosto de 1998, C-444/98.

160 Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2000, C-1162/00.

161 Corte Constitucional. Sentencia del 13 de octubre de 1993, C-455/93, donde se afirmó que no se pueden asignar funciones reglamentarias al Conpes por corresponder a funciones propias del Presidente; Corte Constitucional. Sentencia del 7 de septiembre de 1995, C-397/95, donde se reconoce la facultad legal para atribuir a las Superintendencias la competencia de expedir normas generales de carácter residual, sin que se limite la potestad reglamentaria presidencial en aspectos esenciales de la vida del Estado; Corte Constitucional. Sentencia del 16 de junio de 1997, C-290/97, donde se reconoce la facultad reglamentaria atribuida por ley a la Comisión Nacional de Valores, Corte Constitucional. Sentencia del 29 de julio de 1997, C-350/97, donde se reitera que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República y que opera un “sistema difuso de producción normativa de alcance general y de naturaleza reglamentaria”, para referirse a la CNTV; Corte Constitucional. Sentencia del 26 de agosto de 1998, C-444/98, considera exequible que la ley asigne a la CRT la función de establecer requisitos generales en las relaciones de los operadores de servicios de telecomunicaciones; Corte Constitucional. Sentencia del 10 de febrero de 1999, C-066/99, donde se afirma que no hay libertad de la ley para asignar funciones normativas de carácter general al Ministerio de Transporte, pues estaría vulnerando la potestad reglamentaria presidencial; Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2000, C-1162/00, en la cual no se reconoce la potestad reglamentaria de las comisiones de regulación y considera que son funciones presidenciales delegadas; Corte Constitucional. Sentencia del 1 de agosto de 2001, C-805-01, en la cual se afirma que la potestad reglamentaria es del Presidente de la República, pero al mismo tiempo reconoce que la ley puede atribuir a los ministros la facultad de expedir reglamentos; Corte Constitucional. Sentencia del 24 de septiembre de 2002, C-791/02, en la cual se considera que la ley puede asignar diferentes competencias al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, siempre y cuando la ley contemple los “criterios mínimos” que debe tener en cuenta la autoridad para cumplir sus funciones; Corte Constitucional. Sentencia del 29 de octubre de 2002, C-917/02, al cual reconoce la facultad de ley para atribuir facultades reglamentarias al Ministerio de Justicia, sin que se entienda desconocida la potestad reglamentaria presidencial; Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03, la cual reconoce la función de regulación y la libertad de configuración del legislador para dotar de facultades al órgano regulador, incluida la facultad normativa de regulación; Corte Constitucional. Sentencia del 30 de junio de 2005, C-675/05, en la cual se reitera que la potestad reglamentaria no es exclusivamente presidencial y puede ser atribuida por ley a otros funcionarios del Estado, a propósito de facultades conferidas al Ministerio de Educación Nacional; Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2007, C-955/07, a propósito de funciones otorgadas a la Comisión de Regulación en Salud, las considera exequibles por tratarse de una función eminentemente técnica que puede ser cumplida por estos reguladores; Corte Constitucional. Sentencia del 15 de octubre de 2008, C-1005/08, en el mismo sentido para reconocer una facultad reglamentaria atribuida por ley al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-186/11, a propósito de la CRC y la constitucionalidad de su función de resolución de conflictos como instrumento de regulación, en la cual se expone la competencia de ley para determinar potestades de restricción reforzadas y que la reserva de ley no excluye la atribución de funciones de regulación a las comisiones de regulación; Corte Constitucional. Sentencia del 2 de noviembre de 2011, C-823/11, en la cual se reconoce la libertad de configuración del legislador para otorgar potestad reglamentaria, en este caso al Ministerio de TIC.

Se trata de una potestad reglamentaria derivada o de segundo grado, residual, subordinada<sup>162</sup> y dirigida a regular aspectos técnicos u operativos<sup>163</sup>. En virtud de lo anterior, los reglamentos expedidos por estos se encuentran en su marco general subordinados a la reglamentación expedida por el Presidente de la República<sup>164</sup>.

Como se observa, el reconocimiento de potestad normativa o reglamentaria a autoridades administrativas con fundamento en una atribución o en una habilitación legal, no resulta contraria a la potestad reglamentaria general de carácter presidencial, en la medida de los límites y posición jerárquica inferior de la primera, y sin perjuicio de considerar los espacios propios asignados por la ley a la autoridad administrativa inferior.

En efecto, la referida potestad presidencial debe analizarse de forma sistemática con otras normas de la Constitución Nacional y las figuras de la descentralización territorial, por servicios y funcional, y a la luz de los parámetros del Estado Social de Derecho.

Dentro de este marco, se ha reconocido que aunque el Presidente de la República tiene la competencia general para reglamentar la ley, la Constitución o el legislador pueden otorgar de forma expresa a otras autoridades administrativas una potestad similar para materias especiales o particulares, tal como ocurre en el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos.

Con todo, la facultad de estas comisiones no es absoluta, pues se encuentran limitadas por el contenido de la ley habilitante. En otras palabras, es el legislador quien determina o fija de forma particular y expresa el alcance de las facultades normativas otorgadas a las comisiones de regulación.

En el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos, se ha señalado que tienen una potestad residual, secundaria, infralegal y limitada, pues requieren de una ley que expresamente atribuya su competencia normativa. Además, solamente pueden ejercer su facultad regulatoria sobre las materias, campos o asuntos definidos o determinados por la ley habilitante, y en todo caso respetando el contenido mínimo o criterio inteligible de esta. En consecuencia, las comisiones no tienen competencia sobre aspectos generales o conexos con la competencia otorgada, y su facultad deriva de lo que determine el legislador.

La potestad normativa especializada de las comisiones encuentra justificación en las necesidades técnicas u operativas del sector regulado, las cuales demandan un ejercicio más eficiente y oportuno de la función. De allí que sea razonable otorgar una potestad normativa a una entidad técnica que conozca las realidades, necesidades y prácticas del sector a regular.

---

162 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00.

163 “En otros términos, los Ministros pueden, desde luego, dictar normas de carácter general para regular aspectos técnicos u operativos dentro de la órbita de su competencia. Esta facultad, ha insistido la Corte, es de carácter residual y subordinada respecto de la atribución que radica en cabeza del Presidente de la República”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de febrero de 2015, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00364-00.

164 “Ello, como se ha señalado, no obsta para que otros órganos administrativos, en este caso los Ministros del Despacho, expidan reglamentos, pero tales reglamentos, no tienen, en el sistema de fuentes, la misma jerarquía de aquellos que expide el Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, sino que se encuentran subordinados a ellos. Así, por ejemplo, no podría un Ministro, obrando dentro de su ámbito competencial, expedir un reglamento o una regulación técnica que sea contraria a lo dispuesto en un Decreto Reglamentario del Presidente de la República”. Corte Constitucional. Sentencia del 1º de agosto de 2001, C-805/01.

Ahora bien, en lo que se refiere a la interacción entre los reglamentos especializados expedidos por las comisiones y los generales promulgados por el Presidente de la República, es necesario hacer referencia a los principios de jerarquía y competencia, los cuales han sido concebidos por la doctrina en los siguientes términos:

*“La primera y más elemental forma de resolver los conflictos entre normas consiste en otorgar a algunos tipos de ellas un valor o fuerza de obligar superior al de otras: esto es, clasificando las normas en una escala de rangos en la que cada norma puede disponer plenamente sobre las de nivel inferior, en tanto que estas han de respetar estrictamente el contenido de las de nivel superior. Es esta posición relativa de superioridad de unas normas sobre otras lo que se conoce con el nombre de principio de jerarquía.*

*(...) Dentro de cada uno de los subsistemas normativos opera también el principio de competencia, pero con un sentido y alcance parcialmente diversos. Las normas de un subsistema (normalmente, las de superior rango) pueden otorgar potestades regulatorias específicas a un órgano o entidad pública a la que pertenece dicho subsistema, de tal manera que dicha potestad deberá ser ejercida por el órgano o ente designado, y por ningún otro.*

*Por ejemplo (...) las atribuciones de potestad normativa en régimen de exclusividad puede hacerse también mediante normas de rango infraconstitucional. Por ejemplo, el art. 14.10 LMV atribuye al Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores la competencia para aprobar su Reglamento de régimen interior; reglamento que, en consecuencia, no podría ser aprobado, modificado ni derogado por un Real Decreto del Gobierno, ni por una orden ministerial (sí por una ley, por la sencilla razón que tendría el mismo rango que la LMV)*

*Jurídicamente, el principio de competencia intrasistema opera en la misma forma que el mismo principio en las relaciones entre normas de distintos subsistemas: de una parte, las normas dictadas en base a previsiones como las que acabamos de citar a título de ejemplo gozan de una protección frente a las demás normas del mismo subsistema, las cuales no pueden modificarlas ni derogarlas, salvo que se trate de una norma del mismo rango que aquella que atribuyó la concreta competencia”<sup>165</sup>.*

El poder reglamentario especializado de las comisiones en los términos habilitados por ley<sup>166</sup> comporta un carácter limitado para el ejercicio de la facultad normativa entendida como uno de los instrumentos de la función de regulación económica-social, razón por la cual no puede condicionar o desconocer el poder reglamentario del Gobierno. Se busca que este poder reglamentario quede supeditado al bloque de legalidad, sin perjuicio que en el plano constitucional o de libertad de configuración del legislador se atribuyan espacios propios y limitados a estas autoridades administrativas.

Se trata de una conjugación del principio de jerarquía normativa con el principio de competencia, como lo señala Pastor Santamaría o de la relación entre la dimensión vertical del primero y la dimensión horizontal del segundo, con mayor grado en las autoridades de origen constitucional, y de menor grado en las autoridades de origen legal.

165 Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, segunda edición, Iustel, 2009, p. 146.

166 Ley 142 de 1994 y Ley 1341 de 2009.

No todas las normas se relacionan con las restantes por vínculos de jerarquía, por lo que es posible apreciar diferentes categorías de ley o de reglamentos. De esta forma la eficacia general del principio de jerarquía normativa se ve modulada por la dimensión horizontal del principio de competencia, especialmente en dos situaciones: en primer lugar, cuando las normas atribuyen específicamente a un órgano concreto la potestad de dictar determinadas reglas o de regular determinadas materias con la exclusión de las demás; en segundo lugar, cuando la norma superior establece dentro del sistema normativo general, subsistemas correspondientes a entes públicos específicos, como sucede con las autoridades territoriales por parte de la Constitución, o de las comisiones de regulación por parte de la ley, eventos en los cuales, a pesar de su inferior jerarquía, no pueden ser interferidas, modificadas o derogadas, sino por las propias normas del subsistema.

Este análisis de las relaciones horizontales y verticales propios de los principios de jerarquía normativa y de competencia, no han tenido mayor desarrollo en la doctrina nacional, aunque en forma indirecta se encuentran algunas apreciaciones, en especial, sobre la dificultad para que reglamentos presidenciales puedan disponer o restringir espacios propios normativos y específicos atribuidos por ley a las comisiones de regulación<sup>167</sup>. Como se observa, es la misma norma de ley de superior jerarquía, en su libertad de configuración que atribuye funciones técnicas especializadas en forma directa y exclusiva a una autoridad administrativa inferior, dejando el marco general a la potestad reglamentaria presidencial

## 2) La potestad reglamentaria y la función de regulación

En relación a la potestad reglamentaria, es viable preguntarse si esta implica el ejercicio de una función regulatoria. La respuesta a este interrogante debe determinarse a la luz del sentido que frente al concepto de regulación se adopte. Así, bajo el sentido general del término regulación, la respuesta debe ser positiva, pues los actos administrativos de carácter general constituyen una de las formas de producción normativa del Estado.

Por su parte, bajo el concepto de regulación en sentido específico, la función regulatoria tendría como uno de sus instrumentos la potestad reglamentaria para desarrollar un mandato legal específico, aunque no se agotaría con ella, pues tal como se señaló, la función de regulación económica y social se entiende como una forma de intervención estatal en la economía para maximizar el bienestar de los usuarios y alcanzar los fines del Estado mediante la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos. Por lo tanto, la expedición de actos administrativos generales dirigidos a intervenir en la economía constituye apenas uno de los instrumentos como el Estado adelanta su función de regular.

---

<sup>167</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 1º de agosto de 2001, C-805/01, aclaración de voto de Manuel Jose Cepeda: "Cuando la Constitución y la ley protegen la autonomía de los órganos reguladores, los reglamentos expedidos por el Presidente de la República no prevalecen siempre, de manera necesaria y automática, sobre las regulaciones por ellos adoptadas. Ese es precisamente uno de los efectos de la autonomía, entendida como una garantía institucional, entre otros, frente a una concepción jerárquica tradicional de la estructuración del estado. Considero que la Constitución reconoce ámbitos de autonomía, no solo a órganos nacionales de regulación con estatus constitucional como algunos de los citados en la misma sentencia, sino también a órganos departamentales con estatus constitucional como las corporaciones públicas de elección popular, departamentales y municipales, por citar tan solo un ejemplo. También permite que la ley reconozca espacios de autonomía a órganos creados por el legislador con el propósito de desarrollar una concepción de estado Regulator claramente compatible con numerosas disposiciones constitucionales sobre las cuales no es necesario detenerse en esta aclaración".

## E. El caso concreto

### 1) El concepto de “proyectos específicos de regulación” a la luz de la Ley 1437 de 2011

El artículo 8° de del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, impuso a las autoridades administrativas una serie deberes en materia de información. En esta dirección, en el numeral 8 se señaló:

*“Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:*

*(...) 8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general”<sup>168</sup>.*

De la norma mencionada, se puede advertir que el legislador no determinó de forma expresa qué debe entenderse por la expresión “proyectos específicos de regulación”<sup>169</sup>. Asimismo, de la revisión de las Gacetas del Congreso que dan cuenta del trámite legislativo de la Ley, no se desprenden elementos que permitan inferir su alcance.

De otra parte, revisada la jurisprudencia tampoco se encontró providencia que definiera el alcance de este concepto. Con todo, existe un antecedente en la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la cual resolvió favorablemente la solicitud de suspensión provisional y preventiva de la Resolución 5358 del 30 de noviembre 2015 del Ministerio de Transporte, y por medio de la cual se fijó la base gravable de los vehículos automotores para la vigencia fiscal del año 2016. En esta decisión, la Sección, al referirse al numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, señaló:

*“La Sala unitaria encuentra que el artículo 8, numeral 8, de la Ley 1437 es claro en establecer la obligación de divulgar los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Asimismo, es evidente que el artículo 10 del Decreto 1345 de 2010 señala que cuando «de conformidad con la ley, deba someterse a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado».*

<sup>168</sup> Como antecedente normativo, vale la pena mencionar que la Ley 962 de 2005, por la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, incluía una norma similar al mencionado numeral 8. Así, el artículo 8° de la Ley 962 de 2005 al referirse a la obligación de entrega de información de los organismos y entidades de la Administración Pública señaló: “Entrega de información. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los organismos y entidades de la Administración Pública deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan, o por medio telefónico o por correo, la siguiente información, debidamente actualizada: (...) Sobre los proyectos específicos de regulación y sus actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad de su competencia”.

<sup>169</sup> Tampoco lo hizo la Ley 962 de 2005.

*En principio, según la Ley 1437, contenidos regulatorios como los establecidos en la Resolución 5358 deben someterse a consideración del público y por eso tendría que haberse asegurado la respectiva divulgación y haberse fijado los plazos para oír a los interesados: contribuyentes, entidades territoriales, asociaciones gremiales, etc.*

*La Sala unitaria deduce de la sola lectura de los considerandos de la Resolución 5358 que no fue objeto de ninguna divulgación previa, hecho que habría constituido una violación por falta de aplicación de las dos normas que se acaban de reseñar.*

*Otra circunstancia más que constituiría, en principio, un caso de nulidad del acto por expedición de forma irregular<sup>170</sup>.*

De esta providencia se puede inferir que la expresión “proyectos específicos de regulación” comprende la expedición de actos administrativos de carácter general, es decir, considera como regulación la de contenido normativo, como la resolución impugnada, y por ende, la obligación de cumplir un procedimiento previo de información del proyecto y de participación ciudadana.

Bajo este marco, corresponde a la Sala determinar el alcance de la referida expresión, para lo cual es necesario establecer si esta acoge el sentido específico, o por el contrario, el sentido general del término regulación.

Si se considera que la expresión “proyectos específicos de regulación” hace referencia al sentido específico de regulación económica-social, debe concluirse que se trataría de propuestas de actos administrativos generales y abstractos o de reglamentos dirigidos a fijar o ajustar ex ante, las reglas de juego de una actividad determinada de un sector económico particular para garantizar el derecho a la competencia y proteger un interés general específico de un sector calificado como servicio público. Este concepto abarcaría, por ejemplo, las propuestas de normas de carácter técnico especializado<sup>171</sup>, como lo serían los proyectos de resoluciones expedidas por las comisiones de regulación.

Es importante destacar que los referidos proyectos se limitarían a los actos administrativos de carácter general y abstracto, pues una interpretación que incluyera también a los de contenido particular y concreto haría ineficaz e ineficiente la actividad de la administración, toda vez que implicaría que todos los actos administrativos, aun los que corresponden a una situación concreta o particular, tendrían que ser publicados y sujetos a un periodo de observaciones antes de su promulgación definitiva, lo cual haría irrazonablemente lenta la actividad estatal. Para el efecto, las normas del CPACA consagran expresas disposiciones para que en la actuación de la administración de contenido particular sean citadas las personas

170 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto del 15 de febrero de 2016, Radicación número: 110010327000201600008 00.

171 Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual concibió el concepto de regulación en los siguientes términos: “A dichas normas de carácter técnico especializado” que se expiden en el ámbito de las competencias propias de órganos que hacen parte de la Rama Ejecutiva, como en el caso anteriormente citado, o fuera de ellas, como en el caso de los órganos autónomos, se les denomina regulaciones, a fin de que no sean confundidas con la potestad reglamentaria que, por disposición constitucional, recae en cabeza del Presidente de la República”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 18 de octubre de 2012, Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00014-00.

que puedan verse afectadas por la futura decisión, con el fin de garantizar sus derechos<sup>172</sup>.

Por su parte, si la expresión “proyectos específicos de regulación” se determina a la luz del sentido general del término regulación, debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social.

A juicio de la Sala, esta aproximación es la que debe acogerse, pues: i) es coherente y hace efectivo el principio democrático y la democracia participativa que acoge la Constitución de 1991, ii) está acorde con una interpretación sistemática de otras normas del ordenamiento nacional, iii) materializa los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica que guían la actividad administrativa, iv) es afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno, y v) permite mejorar la calidad regulatoria en Colombia, tal como a continuación pasa a explicarse.

### a) El principio democrático y la democracia participativa

La interpretación adoptada por la Sala desarrolla el principio democrático reconocido en el artículo 1º de la Carta Política que señala que Colombia es una forma de República “democrática, participativa y pluralista”. Este principio, que es parte integral del Estado Social de Derecho<sup>173</sup>, se caracteriza por ser universal y expansivo, tal como lo señaló la Corte en la sentencia T-263 de 2010:

*“En su jurisprudencia, la Corte ha indicado que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pero incluyendo el resto de ámbitos sociales, el principio democrático es universal y expansivo. En la sentencia C-089 de 1994 esta Corporación indicó: “(...) La breve relación anterior de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”.*(subrayas del original)<sup>174</sup>

172 “Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del petionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos. La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente”. Ley 1437 de 2011, artículo 37.

173 “Una preocupación del constituyente fue el establecimiento de un marco democrático –de un principio fundamental–, que sirviera de pilar sobre el cual se soportara el Estado Social de Derecho, así como su despliegue frente a la sociedad. (...) Varias normas de la Constitución enfatizan la importancia que para el ordenamiento colombiano tiene la democracia, que se muestra a través de tres dimensiones disímiles aunque convergentes. Así, se consolida como pilar fundante del Estado, como fin del mismo y como derecho de las personas en diversos ámbitos de la vida social”. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de abril de 2010, T-263/10.

174 Ibidem.

Íntimamente ligado al principio democrático, se encuentra el concepto de democracia participativa<sup>175</sup>, el cual busca que el ciudadano no sea excluido del debate, análisis y definición de los asuntos que afectan su diario vivir, así como tampoco de los procesos políticos que impactan a la colectividad. De ahí que el individuo tenga un papel activo en el proceso de toma de decisiones de la administración<sup>176</sup> que demanda la existencia de mecanismos, más allá del escenario electoral,<sup>177</sup> que permitan su efectiva intervención en dicho proceso<sup>178</sup>.

Justamente, con el propósito de promover la participación de los ciudadanos, el artículo 32 de la Ley 489 de 1998 determina que todas las entidades y organismos de la Administración Pública están obligados a adelantar su gestión en consonancia con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Por consiguiente, se encuentran autorizados para tomar las acciones requeridas encaminadas a involucrar a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la actividad pública. Entre las acciones que pueden adoptarse se encuentran la aplicación de mecanismos que ofrezcan transparencia al ejercicio de la función administrativa, y la incorporación, en los planes de desarrollo y de gestión, de políticas y programas dirigidos a fortalecer la participación de los ciudadanos<sup>179</sup>.

La importancia de la intervención del ciudadano en la determinación de la voluntad de la administración ha dado lugar a la democratización de la acción administrativa,

175 “Lo anterior deja ver que la participación va estrechamente ligada al principio democrático, pues como se señaló en precedencia, la obligatoriedad de estos principios no está supeditada a expresiones netamente electorales, sino que resulta aplicable a todas relaciones sociales, pues “la concurrencia de las personas en las decisiones que los afectan no solo se inscribe en el ejercicio de las libertades públicas, sino que constituye una responsabilidad de los asociados en el marco del ejercicio democrático del poder político”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de marzo de 2016, C-126/16.

176 “Por lo tanto, la democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio”. *Ibidem*.

177 “Sin embargo, no se puede desconocer que el mentado principio no comprende simplemente la consagración de mecanismos para la toma de decisiones electorales, como referendos o consultas populares, sino que implica adicionalmente que los ciudadanos cuenten con la facultad de participación en los procesos decisivos no electorales que afectan su vida. Buscando de esta forma fortalecer los lazos que unen al ciudadano con sus representantes, para promover una participación más equilibrada en la que no se avizore ningún escenario de desigualdad”. C-126/16. “Entre nosotros es verdad averiguada que la Constitución de 1991 supuso una transformación radical en esta materia, al re-introducir al ciudadano en el esquema de las grandes decisiones que le conciernen. Tal y como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la participación democrática no se reduce a la esfera simplemente electoral, sino que trasciende este importante ámbito para extenderse al de la intervención ciudadana en la configuración del destino común. Entraña ello un replanteamiento del rol del ciudadano y su contribución a la construcción colectiva del porvenir de todos (preámbulo, arts. 1, 2, 3, 40 y 95.5 C. N.). Esta óptica desborda los tradicionales mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía (voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato de que trata el artículo 103 Constitucional) y supone un redimensionamiento del papel ciudadano en la toma de decisiones significativas que le conciernen, para que pueda intervenir directamente en las mismas. (...) Y el fortalecimiento de la democracia participativa sería incompleto sino se abrieran espacios para la participación ciudadana en la acción de la Administración. Este principio constitucional, a la vez derecho (art. 40 C. N.) y deber ciudadano (art. 95.5 *Ibid.*), en tanto universal y expansivo también informa esta faceta del poder público. Al fin y al cabo la Administración a diario adopta decisiones que en muchas ocasiones afectan más el curso de la vida de los ciudadanos, que las lejanas y menos numerosas determinaciones del legislador. Apertura participativa que contribuye, además, a la construcción de un Estado de Derecho más sólido e incluyente. Es el salto de la democracia como exclusivamente un “modo de designación del poder” a ser además un “modo de ejercicio del poder”. (negritillas fuera del texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223). Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 12 de marzo de 2002, C-179/02.

178 “La democracia participativa constituye una alternativa entre la democracia directa y la representativa, que toma fundamento en la noción de soberanía popular por oposición a la de soberanía nacional que sirve de soporte al modelo de democracia representativa. (...) La democracia participativa supone la existencia de mecanismos de participación del pueblo, que revisten diversas modalidades”. *Ibidem*.

179 “Democratización de la Administración Pública. Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: 1. Convocar a audiencias públicas. 2. Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana. 3. Difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos. 4. Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos. 5. Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan. 6. Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa”.



en virtud de la cual el ciudadano no se limita a tener un papel pasivo dentro del marco de la actividad administrativa, sino que por el contrario, asume un rol activo en la determinación de las políticas públicas. En esta dirección, el profesor Jean Rivero ya señalaba que en un régimen democrático la administración no solo debe explicar a los ciudadanos sus decisiones, sino también permitir a estos participar en el proceso de adopción de las mismas:

“La esencia de la aspiración democrática es la adaptación máxima de gobernantes y gobernados; su realización concreta implica, finalmente, la sustitución de la expresión “ellos”, con la cual el sujeto designa a los detentadores misteriosos del poder, afirmando así la heterogeneidad de su voluntad en relación con la suya, por la expresión “nosotros”, que en boca del ciudadano consagra la identificación de las dos voluntades. (...) Un método más modesto y más realista en cuanto se dirige directamente al mismo administrado, es el de la explicación. En ese estadio, la autoridad, ciertamente, decide sola y sin compartir el poder, pero consciente de dirigirse a personas, es decir, a seres dotados de razón y de libertad, juzga necesario buscar la obediencia, no solo en el respeto de su poder, sostenido en el temor a la sanción, sino en la adhesión de las inteligencias; por ello no desprecia la oportunidad de explicar los procedimientos que ha seguido, los elementos del problema, los motivos que la han llevado a preferir la solución adoptada frente a las que han sido descartadas. Tal actitud marca ya, en la vía de la democracia, un paso esencial, pues implica que a los ojos del administrador, el administrado deja de ser una cosa a la cual impone su voluntad para transformarse en una persona.

En la práctica, la superación de ese umbral puede revestir múltiples formas: la más clásica, y la más jurídica, es la motivación de la decisión, al menos cuando esta motivación no es puramente formal; la “exposición de motivos”, cuando figura en el encabezamiento de un acto reglamentario, aunque ella no esté, en principio, destinada al administrado, proviene de esta inspiración; la información, la adaptación a las relaciones administrativas de ciertas técnicas de relaciones públicas, la simple redacción de los documentos administrativos en un lenguaje accesible al ciudadano no especializado, son otras formas de la misma tendencia.

Pero existe un medio aún más eficaz para obtener la adhesión, es la explicación dada, no después, sino durante el curso de elaboración de la decisión; y se pasa así a una nueva etapa en la vía de la democracia: la de la participación. El administrado deja, entonces, de ser extraño a la preparación del acto que le concierne; entre la autoridad y él se establece un diálogo; él puede hacer valer su punto de vista, llevar al expediente los elementos que posee; simultáneamente, toma conocimiento de los datos que desconoce; así colabora en la elaboración de su propio destino. (...)

Sobre el terreno de la eficacia, es evidente que la ejecución es mucho más fácil cuando la decisión ha sido comprendida; si la autoridad se ha tomado el trabajo de explicar al hombre el por qué y el cómo de lo que le es impuesto, su libertad y su razón entrarán en juego; ellas son, para la acción, auxiliares más fecundos que la irritación o la estupidez nacida de la contemplación de un impreso redactado en una lengua aparentemente extraña.

*Nada se opone, entonces, en la acción administrativa, a que se de un lugar a ciertas formas de explicación y de participación, es decir, a ciertas formas de inspiración democrática. Formas menores, se ha dicho, pero posiblemente es necesario ser menos categórico”<sup>180</sup>.*

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado al referirse al fenómeno de la democratización administrativa indicó:

*“Una persona que al tener la oportunidad de intervenir en la etapa previa de configuración de la voluntad de la administración, sin duda será más proclive a la adhesión a lo decidido por la Administración, que aquella a la que simplemente se le informa. Ello obedece al proceso de **democratización de la acción administrativa**, que la doctrina francesa ha liderado. Así, el profesor Rivero subraya la importancia que reviste la **explicación** de los proyectos de actos administrativos antes de su expedición, pero sobre todo la **participación** de las personas en el proceso de adopción de los mismos. Una y otra son formas de inspiración democrática: (...)*

El poder de decisión de la administración, o lo que tradicionalmente se ha conocido como carácter “unilateral” de su manifestación de voluntad no desaparece. La Administración en estos casos sigue teniendo en sus manos la fijación del sentido y alcance de su determinación, como también lo advierte Rivero: “la última palabra continúa en cabeza de la autoridad; ella se informa, ella informa, pero decide sola” ya que “el instrumento esencial de la acción administrativa continúa siendo, en derecho, la decisión ejecutoria, el acto unilateral por el cual la autoridad competente impone su voluntad al sujeto”. Reflexiones todas atadas nada menos que a la concepción misma de la democracia”<sup>181</sup>.

Dentro de este marco, encuentra la Sala que la interpretación adoptada frente al artículo 8º numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, además de encontrar plena justificación en la Constitución Política, permite que esta disposición sea una herramienta fundamental para materializar el principio democrático y la democracia participativa<sup>182</sup> que nuestra Carta establece, y de esta forma contar con una administración más abierta y transparente, y por tanto más democrática y eficaz para atender las necesidades de los ciudadanos<sup>183</sup>.

Todo ello sin que pueda desconocerse, en todo caso, que es finalmente la administración la llamada a tomar la decisión<sup>184</sup>.

180 Jean Rivero, Páginas de Derecho Administrativo, (Libardo Rodríguez (dir.)), Editorial Temis S. A., Universidad del Rosario, 2002, pp. 92-93, 99-100.

181 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223).

182 “En suma, puede afirmarse que la aplicación de los principios democráticos a las diferentes esferas de la actuación pública y privada es, en realidad, una exigencia constitucional. De esta manera, en lo que interesa al presente estudio, la obligatoriedad de crear mecanismos de participación de los administrados en toda clase de decisiones de la administración pública –mecanismos que carecen de vinculación directa con los partidos políticos o con procesos electorales, sino que, por el contrario, reflejan una intervención de la persona en el campo de lo público, esto es, en asuntos de interés general– es una consecuencia de la consagración constitucional del principio de participación democrática y de la democracia participativa”. Jorge Enrique Santos Rodríguez. Democratización de la administración pública y fortalecimiento de la participación ciudadana: instrumentos para la paz desde el derecho administrativo, en La constitucionalización del Derecho Administrativo. Tomo II (Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 494.

183 “Ahora bien, una administración abierta a la participación de los ciudadanos, que sea capaz de tener en cuenta sus opiniones antes de decidir es, sin duda, una administración más democrática y normalmente más eficaz, si por eficacia se entiende la adecuación de la acción administrativa a las demandas sociales y no solo la agilidad o rapidez de tramitación de los procedimientos”. Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo. 9ª edición, Editorial Tecnos, 2013, p. 83.

184 “El principio de participación ciudadana a que nos referimos se generalizó desde finales de los años sesenta y presenta numerosas manifestaciones. Tiene su origen en la necesidad de complementar la democracia representativa mediante instrumentos de relación directa y múltiple entre los ciudadanos y las organizaciones sociales y la Administración, habida cuenta que la cuota de poder discrecional que esta ha asumido, con el fin de que la administración conozca y tenga en cuenta las demandas sociales y de incrementar su transparencia y control. Sin embargo, como ya se dijo, la democracia participativa que genera no es una alternativa a la democracia representativa ni al imperio de la ley. Tampoco se trata de asumir la ca-

## b) La interpretación sistemática con otras normas del ordenamiento nacional

El Decreto Número 1609 de 2015<sup>185</sup> dispuso en el artículo 2.1.2.1.14 lo siguiente:

*“Deber de consultar. Cuando la Constitución y la ley así lo ordenen, deberán realizarse las consultas en ellas señaladas, caso en el cual a la memoria justificativa deberá anexarse la constancia que acredite que se ha cumplido dicho trámite”*

Asimismo, el artículo 2.1.2.1.14, relativo a la publicidad, estableció:

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

Estas normas se encuentran dentro del Título 2º denominado “Directrices Generales de Técnica Normativa”, título al que se encuentran sometidos los ministerios y departamentos administrativos<sup>186</sup>, y que tiene como objeto establecer las directrices generales en la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones que deban contar con la firma del Presidente de la República<sup>187</sup>.

Igualmente, el artículo 2.1.2.1.3 señala que en el caso de las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, y las entidades del orden territorial, respecto de los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el referido Título II es también aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21 del Decreto<sup>188</sup>. Precisamente, en materia de publicidad, esta última norma señala:

*“Aplicación del presente título para la expedición de resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República y por las demás entidades de la rama ejecutiva del orden nacional. La expedición de resoluciones que no requieran firma del Presidente de la República deberán sujetarse a lo previsto en este título, en relación con: (...) 4. La verificación del cumplimiento de los deberes de publicidad y consulta cuando haya lugar a ello”*

---

pacidad de decisión de los gobernantes y administradores por la voluntad de los dirigentes de algunas organizaciones sociales, lo que desembocaría en un neocorporativismo nocivo de la idea de democracia. Aunque algunas formas de participación- y la moderna idea de gobernanza – conllevan este riesgo, el entendimiento correcto del principio debe servir para aproximar la Administración al ciudadano y para integrar sus iniciativas, críticas o sugerencias en la elaboración de las decisiones, que corresponde adoptar sugerentemente, salvo raras excepciones, a responsables políticos y funcionarios” Sánchez Morón, ob. cit., p. 471. “Con base en lo anterior, como parte de los retos del derecho administrativo contemporáneo y como mecanismo de fortalecimiento o reforzamiento de la legitimación democrática de la administración pública, la participación administrativa debe entenderse en el sentido de creación de escenarios en los cuales se brinden oportunidades a los administrados de intervenir en el proceso de adopción de las decisiones por las autoridades, aunque no en defensa de derechos e intereses individuales sino de intereses difusos y colectivos, sin que ello implique la decisión sea adoptada por el ciudadano, como ocurriría en instituciones de democracia directa como el referendo o el plebiscito”. Santos Rodríguez, ob. cit., p. 490.

185 “Por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el Título 2 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”.

186 “Artículo 2.1.2.1.3. Ámbito de aplicación. El presente título se aplica a los ministerios y departamentos administrativos que en razón a sus funciones deben preparar proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República.

A las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y a las entidades territoriales en relación con los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el presente título les será aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21. del presente Decreto”.

187 “Artículo 2.1.2.1.1. Objeto. El presente título establece directrices generales de técnica normativa para la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República”.

188 “A las demás entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y a las entidades territoriales en relación con los decretos y resoluciones de carácter general de los Alcaldes y Gobernadores, el presente título les será aplicable en los términos del artículo 2.1.2.1.21. del presente Decreto”.

Asimismo, el Decreto 1609 de 2015 incorporó como Anexo 1 el “Manual para la Elaboración de Textos Normativos”<sup>189</sup>. En el numeral 1 del Capítulo IV de este documento se utilizó la expresión “proyectos específicos de regulación” en los siguientes términos:

*“Los ministerios y departamentos administrativos deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan la información sobre **proyectos específicos de regulación** antes de su expedición.*

*Sin perjuicio del uso de los demás medios que se consideren necesarios para dar a conocer el proyecto a los sectores interesados, el respectivo texto deberá estar disponible en el sitio web del Ministerio o Departamento Administrativo interesado en expedir el decreto o resolución” (subrayado fuera del texto).*

A partir de las disposiciones anteriores para la Sala es claro que la expresión “proyectos específicos de regulación” a la luz del Decreto número 1609 de 2015 no se refiere exclusivamente a reglamentos de carácter técnico o a aquellos proferidos con el propósito de expedir una regulación económica-social ex ante, pues se incluyen, entre otros, los actos administrativos relativos a: i) los decretos y resoluciones que van a ser expedidos por un Ministerio o Departamento Administrativo y que deben contar con la firma del Presidente de la República y ii) las resoluciones que no requieren firma del Presidente de la República y las promulgadas por las demás entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

No hay duda que esta interpretación de la expresión “proyectos específicos de regulación” para el caso del numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, encuentra sustento en el artículo 2º de la misma ley, disposición que establece:

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

Precisamente, el artículo 8º, no solo integra la primera parte del Código, sino que también impone expresamente el deber de publicidad a “las autoridades”<sup>190</sup>, las cuales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º, deben entenderse como los organismos y entidades allí señaladas.

Por lo tanto, al ser aplicable el artículo 8º a los organismos y entidades indicados en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011, muchas de las cuales no tienen la competencia para expedir reglamentos técnicos, ni fueron creadas con el propósito exclusivo de expedir una regulación económica-social. Por el contrario, sí gozan de la facultad de proferir actos administrativos de contenido general y abstracto, por lo cual, debe concluirse que el concepto de “proyectos específicos de regulación” al que se refiere la norma, corresponde al sentido general del concepto de regulación, esto es, al de contenido normativo.

189 “Anexo. Incorpórese el Anexo 1 de este Decreto como Anexo 1 del Decreto 1081 de 2015, contentivo del Manual para la Elaboración de Textos Normativos. Artículo 2º”.

190 “Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:”

### c) La realización de los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica y eficacia en el proceso de producción normativa

Realizada la exposición sobre el contenido de los principios constitucionales de la función administrativa y los consagrados en el CPACA para la actividad de la administración, corresponde determinar su pertinencia y conducencia para absolver la consulta formulada.

En efecto, la interpretación del numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 de acuerdo al sentido general del concepto de regulación permite materializar y consolidar los principios de la función administrativa<sup>191</sup> en especial los de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica y eficacia.

En el campo de la producción normativa los principios de publicidad y transparencia permiten a los ciudadanos conocer y controlar la actividad de la administración en materia de producción de normas, evitar el abuso del poder en el ejercicio de dicha facultad y participar en la toma de decisiones. Asimismo, estos principios constituyen herramientas para enfrentar algunas situaciones que afectan negativamente el proceso de creación de una norma, tales como la existencia de intereses particulares o la inequidad en el acceso a la información. Adicionalmente, y de igual importancia, constituyen un instrumento esencial contra la corrupción<sup>192</sup>.

La importancia de la transparencia en el proceso de adopción normativa ha sido reconocida por la OCDE en los siguientes términos:

*“La transparencia del sistema regulatorio es fundamental para crear un entorno normativo estable y accesible que promueva la competencia, el comercio y la inversión, y que ayude a protegerse de influencias negativas de grupos de interés. La transparencia refuerza la legitimidad y la equidad de los procesos regulatorios. Conlleva una amplia gama de prácticas, entre ellas, procesos estandarizados para elaborar y modificar regulaciones, consulta con los actores o partes interesadas, así como la redacción, la publicación y la codificación en lenguaje claro. Por consiguiente, la transparencia contribuye a que las regulaciones sean fáciles de comprender y de encontrar, y a que los procesos de implementación y apelación sean predecibles y coherentes”<sup>193</sup>.*

En lo que respecta al principio de participación ciudadana, este permite enfrentar las principales problemáticas que padece la configuración de las normas que profiere la

191 Respecto a los principios de la función administrativa, la doctrina nacional ha indicado: “En el derecho colombiano, concretamente en el procedimiento administrativo, como lo expresamos antes, y siguiendo la tradición de las legislaciones comparadas recientes, de tiempo atrás se ha incorporado la técnica de los principios como normas jurídicas de amplia generalidad y abstracción que permiten hacer más sencilla la aplicación de las reglas específicas sobre procedimiento administrativo en el sentido de llenar sus lagunas y solucionar sus ambigüedades. Así, los principios constituyen una guía para la actuación de la Administración Pública y, a la vez, constituyen una herramienta para que el juez administrativo pueda llevar a cabo un control más efectivo sobre dicha actuación”. Jorge Enrique Santos Rodríguez, Artículo 3º en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011 (José Luis Benavides (editor)), Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 57.

192 “La importancia de la transparencia en la agenda de la política regulatoria surge del hecho de que puede enfrentar muchas de las causas de las fallas regulatorias, tales como la captura e inclinación hacia beneficios concentrados, información inadecuada en el sector público, rigidez, incertidumbre de mercado e inhabilidad para entender el riesgo político, y la falta de responsabilidad. La transparencia en la propia política regulatoria – como también en sus instituciones, herramientas y procesos – es igualmente importante para su éxito. La transparencia promueve el desarrollo de mejores políticas, y ayuda a reducir la incidencia e impacto de decisiones arbitrarias en la implementación regulatoria. La transparencia es también considerada la espada más afilada en la guerra contra la corrupción”. (traducción libre). OECD, 2011, ob. cit., p. 30.

193 OCDE, 2014, ob. cit., p. 86.

administración, como lo son, la falta de intervención de actores no estatales<sup>194</sup> y la no consideración de las preocupaciones de estos en el proceso de determinación de la norma jurídica<sup>195</sup>.

De otra parte, si el principio de seguridad jurídica demanda que el ciudadano tenga conciencia de la normatividad que le será aplicable y de su claridad y certeza en cuanto a sus efectos, de tal suerte que pueda decidir cómo comportarse en el futuro<sup>196</sup>, sin duda alguna, la generación de herramientas que le permitan a este conocer los proyectos de normas jurídicas que impactarán el desarrollo de su actividad, es esencial para hacer realidad el referido principio.

De esta suerte, los principios de seguridad jurídica, publicidad, transparencia y participación establecidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución Política y 3º de la Ley 1437 de 2011, así como los mandatos de los artículos 4º y 32 de la Ley 489 de 1998, justifican la adopción e implementación de instrumentos de política regulatoria encaminados a permitir la participación de los ciudadanos o grupos de interés en los procesos de elaboración de normas jurídicas.

En esta misma dirección, encuentra la Sala que una interpretación general del numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 hace posible que esta disposición constituya un instrumento fundamental para dotar de transparencia y publicidad el ejercicio de la facultad normativa de la administración y promover la participación ciudadana en el proceso de creación de la norma, y de esta forma alcanzar uno de los fines del Estado.

### c) Gobernanza, buen gobierno y la calidad regulatoria

Una interpretación en sentido general del concepto de regulación dentro de la expresión “proyectos específicos de regulación” hace posible la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones de la administración<sup>197</sup>, lo cual es coherente con el Derecho Administrativo moderno<sup>198</sup> y con el contenido de los conceptos de buen gobierno, gobernanza y calidad regulatoria<sup>199</sup>.

194 “El campo de la regulación sufre de cuatro déficits principales, concretamente los déficits de supervisión, participación, incentivo y adaptación. Estos déficits resultan de asuntos que podrían definirse como la “política económica” de la regulación, concretamente los procesos en los cuales la regulación es producida y operada”. (traducción libre). Lodge, ob. cit., p. 13.

195 “El déficit de participación se refiere a las preocupaciones sobre la inclusividad del proceso regulatorio. Existe, como se anotó en la documentación, la preocupación sobre la naturaleza vertical de la regulación que no toma suficientemente en consideración las preocupaciones de las partes afectadas”. (traducción libre). Ibidem, p. 14.

196 “Es decir, se requiere que el ciudadano tenga noticia de los mandatos, prohibiciones y permisiones que el derecho ha establecido. Gracias a este conocimiento, los ciudadanos pueden decidir acerca de cómo comportarse en el presente y cómo en el futuro”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, La seguridad jurídica en la capacitación de los jueces latinoamericanos, en Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica (Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán (eds.), Marcial Pons, 2015, p. 126.

197 Alemanno, ob. cit., p. 118.

198 “El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales”. Jaime Rodríguez Arana, La Dimensión Ética de la Función Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, pp. 113-114.

199 “La palabra española «gobernanza» comienza a utilizarse ampliamente a partir del año 2001, con la publicación del Libro blanco sobre la gobernanza europea (CCE 2001). El libro propone recuperar ese antiguo término castellano para referirse a un concepto cuyo desarrollo inicial se produce en idioma inglés: good governance. Otras posibles traducciones para este mismo concepto, que tienen la ventaja de pertenecer al lenguaje corriente, son las expresiones «buena administración» y «buen gobierno». Agustín E. Ferraro. Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica, Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, p. 80. “En el marco del respeto al Ordenamiento jurídico en su

Dentro de este marco, una interpretación como la que se propone permite que a través del numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 se promueva la intervención ciudadana en los procesos de creación normativa de la administración, y de esta forma, obtener los beneficios que se derivan de dicha participación<sup>200</sup>.

En este sentido, la participación ciudadana mejora la calidad de las normas, pues la participación permite a quienes fijan las políticas públicas y expiden las normas, recopilar información que no conocen o no tienen disponible<sup>201</sup>, y así, obtener una mayor evidencia de la necesidad de promulgar o no una norma. Asimismo, la participación le permite a la administración percatarse de dificultades, ineficiencias o soluciones que no se hayan tomado en consideración<sup>202</sup>.

Es importante señalar que una adecuada calidad de las normas es fundamental para el país, pues esta promueve el desarrollo económico, la inversión, la innovación y la materialización de las políticas públicas<sup>203</sup>.

Asimismo, aumenta los niveles de cumplimiento de las normas, reduce el costo de implementación de estas, promueve la transparencia<sup>204</sup>, evita que la Administración abuse de su potestad normativa<sup>205</sup>, otorga mayor legitimación al proceso de creación normativa<sup>206</sup> y

---

conjunto, la Administración pública sirve con objetividad al interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los siguientes principios, que son corolarios del derecho fundamental a la buena Administración pública: ...7. Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso, en los procedimientos para el dictado de actos administrativos. En especial, las autoridades darán a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, aún sin mediar petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información. 8. Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa, por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas". Rodríguez Arana, ob. cit., pp. 128-129.

- 200 "Un proceso de comunicación, consulta y compromiso que permita la participación pública de actores durante la formulación, así como en la revisión de regulaciones, puede ayudar a los gobiernos a comprender las necesidades de los ciudadanos y otros actores y mejorar la confianza en el gobierno. Asimismo, puede ayudar a los gobiernos a recopilar más información y fuentes, aumentar el cumplimiento y disminuir la oposición no informada. Puede impulsar la transparencia y la rendición de cuentas a medida que las partes interesadas tienen acceso a información pormenorizada sobre los efectos potenciales que la regulación puede tener en ellas". OCDE, 2012, ob. cit. p. 27.
- 201 Daniel P. Selmi, *The Contract Transformation in Land Use Regulation*, *Stanford Law Review*, Vol. 63, 2011, pp. 638-639.
- 202 "En particular, los creadores de las políticas parecen creer que para decidir si la intervención del gobierno es realmente necesaria en un área determinada y qué tipo de soluciones sería la más apropiada, deben reunir y analizar tanta información, incluyendo la experiencia científica, como sea posible. Sin embargo, es obvio que los gobiernos no pueden tener toda la información disponible, y necesitan usar contribuciones de usuarios y partes interesadas. Los beneficios de la participación de las partes interesadas se extiende también más allá de la fase de recopilación de la información. Involucrar a las partes interesadas en el proceso de determinación de las políticas puede informar a los reguladores de dificultades, ineficiencias, y soluciones que hasta el momento no hayan sido tomadas en consideración. Además, la participación pública incrementa la probabilidad de cumplimiento por medio de la construcción de la legitimidad dentro del proceso de propuestas regulatorias y puede por tanto mejorar el efecto de regulación y reducir el costo de ejecución (OECD, 2009b). Puede también llevar a incrementar la creatividad y la innovación en las políticas, pues personas interesadas por fuera del gobierno son más propensas a salir con soluciones tradicionales. Finalmente, las partes interesadas a quien la regulación potencial impactará directamente probablemente aportarán mejores aportes para valorar este efecto potencial" (traducción libre). Alemanno, ob. cit., p. 122.
- 203 "La mejora regulatoria es un instrumento importante de entre las herramientas del gobierno para mejorar el desempeño económico y alcanzar las metas de política pública. (...) Mejorar la calidad de la regulación y su impacto en el desempeño económico es clave para que Colombia maximice los beneficios de contar con un contexto macroeconómico sólido, al tiempo que optimice las condiciones para el quehacer empresarial e impulse la inversión y la innovación". OCDE, 2014, ob. cit., p. 34.
- 204 "La participación de las personas interesadas también presenta un valor instrumental al requerir transparencia, fortalecer la base de evidencia en la elaboración de la política al aprovechar un depósito más amplio de ideas y recursos (Bourgon 2007), y reducir los costos de implementación al favorecer el cumplimiento". (traducción libre). Alemanno, ob. cit., p. 121.
- 205 Selmi, ob. cit., p. 639.
- 206 "Como resultado de este cambio, un proceso de comunicación, consulta y compromiso que permita la participación pública de las personas interesadas en las diferentes fases del ciclo regulatorio de gobierno (OECD, 2011) es percibido de forma creciente no solo como fundamental para el entendimiento de las necesidades de los ciudadanos y otras personas interesadas sino también para mejorar la confianza en el gobierno. Es de hecho reconocido que tomar decisiones sin apoyo público puede llevar a la confrontación, disputas, alteraciones, boicots, desconfianza e insatisfacción pública (Rowe y Frewer, 2004). Mientras que las razones que respaldan la participación de las personas interesadas varían entre los países, su meta es, por un lado, ayudar a quienes elaboran las políticas a recolectar más información y recursos, promoviendo por tanto la evidencia que sirve de base a las regulaciones (aporte de legitimación) y, por el otro, a incrementar el cumplimiento y, eventualmente, hacer más legítimo el resultado del proceso regulatorio". Alemanno, ob. cit., p. 117.

hace el proceso más efectivo e incluyente,<sup>207</sup> y fortalece la confianza de los ciudadanos en las instituciones gubernamentales y en el proceso de creación de la norma.

Una interpretación distinta al concepto de regulación en la expresión que se estudia, limitaría profundamente estos beneficios, pues solamente se aplicarían para el contenido ex ante propio de la regulación económico-social.

#### **d) Conclusión respecto al contenido de la expresión “proyectos específicos de regulación” del numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011**

En suma, bajo una interpretación gramatical, sistemática, teleológica, de efecto útil y conforme con la Constitución Política, es necesario concluir que la expresión “proyectos específicos de regulación” para el caso del numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, debe interpretarse de acuerdo con el sentido general del término regulación, esto es, a un contenido normativo de carácter general, teniendo en cuenta que:

i) El artículo 8º se encuentra en la primera parte de la Ley 1437 de 2011, la cual, por expreso mandato del artículo 2º, es aplicable a las entidades y órganos de la administración allí señalados.

ii) Dentro de las definiciones aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina frente al término “regulación”, se encuentra aquella que la entiende como norma o disposición jurídica.

iii) La interpretación en sentido general del término encuentra sustento en la Constitución Política y permite una adecuada, proporcional y razonable materialización del principio democrático, la democracia participativa y los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica y eficacia.

iv) Una interpretación en el sentido señalado es más acorde con las necesidades del Derecho Administrativo contemporáneo y con las doctrinas y prácticas actuales en materia de administración pública y política regulatoria, como son los de gobernanza, gobernanza regulatoria, gobierno abierto o buen gobierno. Igualmente, es concordante con la finalidad de la función administrativa y con la experiencia internacional en la materia.

v) Las consideraciones expuestas por la Sala permiten que el numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 sirva de instrumento para mejorar la calidad de las normas, incrementar la transparencia y promover la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones que los afectan.

En consecuencia, la expresión “proyectos específicos de regulación” hace referencia a la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia. En otras palabras, cuando la Ley 1437 de

<sup>207</sup> “La participación de las personas interesadas es un fenómeno que se origina de la intersección de esfuerzos nacionales en materia de reformas regulatorias dirigidos a promover una elaboración de políticas más efectiva con iniciativas de gobierno abierto (democracia participativa) cuyo objetivo es promover un proceso de elaboración de políticas más transparente e incluyente. Como tal, pertenece a una tendencia más amplia de “democracia experimental” y complementa la elaboración tradicional de políticas parlamentarias y administrativas (Dorf y Sabel, 1998). La aparición de las personas interesadas ha sido descrita como parte de un movimiento más amplio de “gobierno” a “gobernanza”, en el cual las formas verticales y jerárquicas están dando paso a estructuras de elaboración de políticas más horizontales y cooperativas”. (traducción libre). *Ibidem*.



2011 ordena publicar los proyectos específicos de regulación, debe entenderse que está ordenando a las autoridades señaladas en el artículo 2º del CPACA publicar los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto que piensa proferir.

Por lo tanto, el deber de publicidad contenido en el numeral 8 del artículo 8º es exigible a las autoridades administrativas que pueden expedir actos administrativos de contenido general y abstracto, y por consiguiente, no se encuentra limitado o restringido únicamente a aquellas autoridades que tienen la posibilidad de expedir normas de carácter técnico o de regulación económica-social.

Asimismo, es importante señalar que a la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta que la primera parte del Código aplica a las autoridades para el ejercicio de su función administrativa, quedan excluidos del concepto “proyectos específicos de regulación”, los decretos con fuerza de ley y los decretos legislativos expedidos en estados de excepción, y en general aquellos que tengan un contenido formal de naturaleza legislativa<sup>208</sup>.

#### **e) Excepciones y límites a la obligación de publicar los “proyectos específicos de regulación”**

Es importante señalar que el artículo 8º numeral 8 de la Ley 1437 de 2011 no estableció en forma expresa excepciones particulares a la obligación de publicidad y consulta, tal como sí ocurre en el caso español o estadounidense.

Sin embargo, lo anterior no implica que el deber de informar y consultar al público antes de expedir el acto deba entenderse de forma absoluta, en tanto que no aplicará, como se desprende del artículo 2º del CPACA, en procedimientos militares o de policía<sup>209</sup> que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas<sup>210</sup>.

208 “Los Decretos con fuerza de Ley, son aquellos proferidos por el Presidente que tienen la naturaleza o connotación de ley, pues se expiden en ejercicio de funciones legislativas excepcionales. De tal manera, que esta clase de actos tienen la misma jerarquía de una ley expedida por el Congreso de la República. (...) De esta clasificación, se colige entonces, que tanto los decretos legislativos, al igual que los decretos-leyes hacen parte de aquellos decretos llamados con fuerza de Ley, pues en ellos el Presidente actúa como legislador extraordinario, por tanto, que el control judicial de tales actos sea ejercido por la Corte Constitucional. (...) Por Decretos Legislativos se entienden, aquellos por medio de los cuales el Presidente de la República declara los estados de excepción, previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto del 11 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00205-00(16546). “Así, respecto de la competencia de la Corte Constitucional para decidir la constitucionalidad formal y material de un decreto declaratorio de estado de excepción, se basa en que: (i) el decreto declaratorio de estado de excepción es un decreto legislativo por denominación constitucional, ya que el propio artículo 241.7 superior nombra como tal los decretos dictados con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 superiores sin excluir a los declaratorios que, evidentemente, también se expiden con apoyo en tales prescripciones (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 7 de febrero de 2012, C-049/12. Véase igualmente: Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo, 18ª. edición, Editorial Temis, 2013, pp. 427-458.

209 Respecto al concepto de procedimientos de policía, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado: “Sobre este punto, la Sala considera necesario distinguir los actos que ponen fin a actuaciones administrativas correspondientes a procedimientos de policía, esto es, las que obedecen al ejercicio de las facultades de control, vigilancia y sanción de las autoridades sobre las actividades de los particulares, las cuales constituyen el ejercicio de una potestad administrativa, conocida como policía administrativa (...)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01481-01(27088).

210 Frente a esta norma, en la Comisión redactora del Código se indicó: “Lo importante es que, cuando se redacta, se tenga en cuenta que la idea es que estas normas no se aplican cuando se trata de evitar o remediar perturbaciones del orden público. Si se mira bien, lo esencial es que ante un problema de orden público no se tenga que aplicar esta norma, sino que haya otro tipo de normatividad que aplicar (...)”. Memorias de la Ley 1437 de 2011, Volumen III, Parte A: artículos 1º a 142. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Ministerio de Justicia y del Derecho, Consejo Superior de la Judicatura.

Tampoco aplicará el numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 en los casos en que exista ley especial frente a la materia, en atención a lo dispuesto por el artículo 2º de la misma ley<sup>211</sup>.

De otra parte, el plazo para recibir observaciones de los ciudadanos no debe, en aras de garantizarse una actuación pronta de la administración, implicar la pérdida de los beneficios que para la democracia y la actividad estatal se derivan de la transparencia y la participación ciudadana<sup>212</sup>. Sin embargo, dicho término tampoco puede llevar a la inmovilización de las autoridades. En esta dirección, en la fijación del referido plazo debe buscarse una ponderación para que la participación ciudadana sea la más amplia posible, pero sin que se afecte indebidamente el ejercicio de las funciones de la administración ni se retarde de forma excesiva la toma de decisiones<sup>213</sup>.

Por lo tanto, la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término.

De otra parte, recomienda o sugiere la Sala que, con el propósito de fortalecer y hacer más eficaces los principios de transparencia y la participación ciudadana, se elabore un documento en el que consten tanto las observaciones realizadas por la ciudadanía frente al proyecto de regulación, como las respuestas dadas por la administración a dichas observaciones.

## **2) La función de regulación y la potestad reglamentaria del Presidente de la República**

Procede ahora la Sala a contestar la pregunta planteada por el Ministerio consultante dirigido a establecer los casos y condiciones en los cuales los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio.

Frente a este interrogante, considera la Sala que los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio en su sentido general de norma.

211 “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”.

212 “Finalmente, lograr la transparencia y proveer oportunidades significativas para la participación pública no se encuentra libre de dificultades. Ellas pueden alargar el tiempo y los recursos que las agencias necesitan para tomar una decisión y emitir una norma (...) Al diseñar el proceso para administrar la información y la participación pública (...) sería equivocado dejar que la preocupación por la eficiencia administrativa sobrepase completamente las ventajas democráticas y de decisión que ofrece la transparencia y la participación pública”. (traducción libre). Cary Coglianesi, Heather Kilmartin y Evan Mendelson, *Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration*, *The George Washington Law Review*, Vol. 77, 2009, p. 930.

213 “La participación de los ciudadanos debe ser, pues, compatible con estos principios y no perturbar la gestión de los servicios ni dilatar excesivamente las decisiones”. Sánchez Morón, ob. cit., p. 83.

En efecto, desde la perspectiva del sentido general del concepto de regulación, tienen este carácter los actos de contenido general y abstracto que expida el Presidente de la República en ejercicio de la potestad señalada en el numeral 11 del artículo 189, sin importar si están o no dirigidos a una regulación económico-social.

En todo caso, es importante señalar que no existe una categoría jurídica de acto especial o particular, denominado “acto regulatorio”, pues el acto de contenido general y abstracto, aun cuando pueda enmarcarse dentro del ejercicio de una potestad regulatoria, sigue correspondiendo en su naturaleza jurídica a un acto administrativo<sup>214</sup>.

Los actos reglamentarios proferidos por el Presidente bajo el amparo del artículo 189 numeral 11 que tengan una connotación regulatoria, ya sea bajo el sentido general o específico del término regulación, requieren en todo caso, cumplir con las condiciones generales que la jurisprudencia ha señalado para los actos promulgados a la luz de dicho mandato constitucional, tales como, el sometimiento del decreto reglamentario a la Ley y la Constitución, y en consecuencia la obligación de limitarse al ámbito material desarrollado por la norma superior. Igualmente, tampoco pueden promulgarse decretos sobre asuntos reservados al legislador<sup>215</sup>.

Finalmente, teniendo en cuenta la interpretación que la Sala ha realizado con respecto al término “proyectos específicos de regulación”, el deber de publicidad que se deriva del numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, es exigible a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189 numeral 11.

### 3) El plazo del artículo 8º numeral 8 de la Ley 1437 de 2011

El Ministerio consultante pregunta si el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, puede establecer el plazo señalado por el numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011. Para la Sala la respuesta a este interrogante es negativa.

En efecto, aunque el Presidente de la República en su calidad de suprema autoridad administrativa goza de facultades encaminadas a garantizar el adecuado funcionamiento de la administración pública<sup>216</sup>, su ejercicio no es absoluto y debe hacerse dentro de los límites

214 Frente este punto la doctrina ha indicado: “Por consiguiente, si de distinguir reglamento de regulación se trata, resulta menester señalar que esta última constituye la función encomendada, por antonomasia y entre otros órganos del Estado, a las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, dicha actividad no debe confundirse con los instrumentos normativos por medio de los cuales, en ocasiones, se manifiesta; la regulación no es, entonces, una norma o una fuente de derecho propiamente dicha –aunque se valga de varias fuentes de derecho para expresarse por medio de ellas–; no cabe, por tanto, preconizar la existencia de una “norma regulatoria” o de un “acto regulatorio”; si es posible, en cambio, sostener que resulta admisible y necesaria la expedición de reglamentos administrativos o de actos administrativos en ejercicio de la función de regulación o, en otros términos, que la actividad regulatoria incluye, entre sus modalidades de actuación, una de las antes referidas especies de la potestad reglamentaria. (...)”. Marín Hernández, ob. cit., p. 58.

215 “Así pues, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues tiene como límite y radio de acción a la Constitución y la ley, y es por ello que el Ejecutivo al ejercerla no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de mayo de 2009, C-372/09. “La potestad de reglamentar las leyes, de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que se ha confiado al Presidente de la República, tiene la limitación de que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir, por esa vía, disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-27-000-2009-00041-00(17891).

216 Esta doctrina parte de establecer que las funciones constitucionales del Presidente son ejercidas bajo una de las siguientes tres condiciones: (i) como Jefe de Estado, competencia relacionada con las funciones “que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las referidas a las relaciones internacionales”; (ii) como Jefe de Gobierno, relacionada con el ejercicio de las facultades que están dirigidas a la “fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país”; y (iii) como Suprema Autoridad Administrativa, condición que tiene que ver con el ejercicio de aquellas labores tendientes a “mantener el funcionamiento normal de la administración pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de marzo de 2005, C-205/05. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 15 de septiembre de 1998, C-496/98.

fijados por el ordenamiento nacional y la jurisprudencia. Debe recordarse que la potestad reglamentaria del Presidente no puede ejercerse de tal forma que se modifique el contenido de la ley.

En el caso objeto de estudio, de la lectura del texto del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, encuentra la Sala que el legislador otorgó expresamente a las autoridades que se encuentran sujetas al deber de publicar los proyectos específicos de regulación, la competencia para determinar el plazo para la realización de observaciones<sup>217</sup>.

Por lo tanto, ante: i) la obligación de que los decretos reglamentarios se encuentren sometidos a lo dispuesto por la ley, ii) la imposibilidad de que estos alteren el contenido de la norma proferida por el legislador, y iii) el mandato del numeral 8 artículo 8° que señala que las autoridades son las llamadas a determinar el plazo para la recepción de observaciones, la fijación de este por parte del Presidente de la República a través de un decreto reglamentario, estaría desconociendo una competencia que ya fue señalada por la ley, y por consiguiente, modificando el contenido del referido numeral.

En consecuencia, el plazo al que se refiere el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 no puede ser fijado por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sino por la autoridad administrativa correspondiente.

Sin embargo, sí es posible que el Presidente, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, mediante Decreto establezca los criterios o parámetros que deben tomar en consideración las autoridades para la determinación de dicho plazo, y reglamente los demás aspectos necesarios para la adecuada y efectiva aplicación del mandato contenido en el señalado numeral.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### **LA SALA RESPONDE:**

*1. ¿Es viable en virtud de los artículos 4° de la Ley 489 de 1998 y 3° de la Ley 1437 de 2011 desarrollar parámetros que permitan la efectiva participación de los ciudadanos o grupos de interesados, en el proceso de elaboración de normas de carácter reglamentario y regulatorio?*

Sí es posible, con fundamento en el mandato del artículo 4° de la Ley 489 de 1998 y los principios de publicidad, transparencia, participación y eficacia establecidos en los artículos 2° y 209 de la Constitución Política y 3° de la Ley 1437 de 2011, adoptar instrumentos encaminados a permitir la participación de los ciudadanos o grupos de interés en los procesos de elaboración de normas de carácter reglamentario y regulatorio.

*2. ¿En qué casos y bajo qué condiciones los actos de carácter reglamentario expedidos bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 constitucional al Presidente de la República tienen a su vez un carácter regulatorio?*

<sup>217</sup> "Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público".

Los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio.

Desde la perspectiva del sentido general del concepto de regulación, es decir, como la facultad de proferir normas jurídicas, los actos de contenido general y abstracto que expida el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria del señalado numeral 11 del artículo 189, sin importar si están o no dirigidos a una regulación económico-social, poseen carácter regulatorio, pues se trata de actos que tienen la calidad de norma jurídica.

En todo caso, es importante señalar que no existe una categoría jurídica de acto especial o particular, denominado “acto regulatorio”, pues el acto de contenido general y abstracto, aun cuando pueda enmarcarse dentro del ejercicio de una potestad regulatoria, sigue correspondiendo en su naturaleza jurídica a un acto administrativo.

Asimismo, los actos reglamentarios proferidos por el Presidente bajo el amparo del artículo 189 numeral 11 que tengan una connotación regulatoria, ya sea en el sentido general o específico del término regulación, requieren en todo caso cumplir con las condiciones generales que la jurisprudencia ha señalado para los actos promulgados a la luz de dicho mandato constitucional, tales como el sometimiento del decreto reglamentario a la Ley y la Constitución, y en consecuencia la obligación de limitarse al ámbito material desarrollado por la norma superior.

### *3. ¿Qué debe entenderse como “proyectos específicos de regulación”?*

El numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 adopta el sentido general del término regulación. En consecuencia, por “proyectos específicos de regulación” se debe entender la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia.

En otras palabras, cuando la Ley 1437 de 2011 ordena publicar los proyectos específicos de regulación, debe entenderse que está ordenando a las autoridades señaladas en el artículo 2º del CPACA publicar los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto que piensan proferir.

Con todo, el deber de informar al público antes de expedir el acto no es absoluto, en tanto que no aplicará, como se desprende del artículo 2º del CPACA, en procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco aplicará el numeral 8 del artículo 8º de la Ley 1437 en los casos en que exista ley especial frente a la materia, en atención a lo dispuesto por el artículo 2º de la misma ley.

Asimismo, es importante señalar que la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar

de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término.

*4. ¿El deber de suministrar al público información completa y actualizada de que trata el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 hace referencia exclusiva a las normas expedidas por las autoridades competentes en ejercicio de la potestad regulatoria?*

Sí. El deber de publicidad contenido en el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 es exigible a todas las autoridades administrativas cuando ejercen su facultad regulatoria en sentido general, la cual, para el caso específico de la citada disposición, tiene ocurrencia cuando expiden actos administrativos de contenido general y abstracto.

*5. ¿El deber de que trata el artículo en mención se aplica también en relación a las normas que tengan una vocación reglamentaria expedida en virtud de la potestad concedida en el artículo 189.11 constitucional?*

Teniendo en cuenta la interpretación del término “proyectos específicos de regulación”, el deber de publicidad que se deriva del numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, es exigible a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189 numeral 11.

*6. ¿El plazo ordenado por el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 podrá ser establecido por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa?*

El plazo al que se refiere el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 no puede ser fijado por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sino por la autoridad administrativa correspondiente en los términos indicados.

Sin embargo, si es posible que el Presidente, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, mediante Decreto establezca los criterios o parámetros que deben tomar en consideración las autoridades para la determinación de dicho plazo, y reglamente los demás aspectos necesarios para la adecuada y efectiva aplicación del mandato contenido en el señalado numeral.

Remítase al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 5. Objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios

### Radicado 2101

Fecha: 04/06/2012

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 8 de junio de 2016

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que una empresa de servicios públicos domiciliarios establezca en su objeto social actividades no relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios; en caso afirmativo, se pregunta entonces sobre el régimen contractual aplicable a esas otras actividades en caso de que se trate de una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, esto es, con participación mayoritaria del Estado<sup>1</sup>.

### I. Antecedentes

El organismo consultante señala que conforme a los artículos 14 y 18 de la Ley 142 de 1994, parecería que las empresas de servicios públicos domiciliarios solo pueden desarrollar las actividades previstas en dicha ley, es decir, la prestación de servicios públicos y sus actividades complementarias. Sin embargo, agrega que la remisión que el artículo 19 de la misma Ley 142 hace al régimen de sociedades anónimas del Código de Comercio en lo no previsto en ella, permitiría interpretar que las empresas de servicios públicos pueden modificar sus estatutos para establecer como parte de su objeto social actividades no relacionadas con tales servicios públicos. Y argumenta que, en virtud de esto último, las empresas de servicios públicos domiciliarios estarían en capacidad de desarrollar las actividades propias de la Ley 142 de 1994, “como también aquellas otras que los socios de la sociedad estimen pertinente establecer en sus estatutos sociales”.

Se indica que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ha tenido una posición uniforme al respecto; en algunos conceptos ha entendido que conforme al artículo 99 del Código de Comercio es posible que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen cualquier actividad prevista en su objeto social, así no esté relacionada con la Ley 142 de 1994, siempre y cuando no se ponga en riesgo la eficiente y continua prestación de los servicios públicos a su cargo. En otros casos ha sostenido que “*las actividades que pretenda desarrollar una prestadora con ocasión de su objeto, se ven limitadas de manera exclusiva a aquellas que sean necesarias para la prestación de uno o varios de los servicios públicos domiciliarios o una o varias de las actividades complementarias o una y otra cosa*”

Si se entendiera que las empresas de servicios públicos pueden ampliar libremente su objeto social a cualquier actividad comercial, surge la duda para el organismo consultante sobre cuál sería entonces, en el caso de las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria del Estado), el régimen contractual aplicable a esas otras actividades no relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios. En su entender, si

<sup>1</sup> Según el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos son (i) **oficiales**: cuando la participación estatal es del 100%; (ii) **mixtas**: cuando la participación estatal es mayoritaria; y (iii) **privadas**: cuando el capital pertenece mayoritariamente a los particulares.

bien en principio los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1993 señalan que los contratos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, ello no sería aplicable cuando las empresas de servicios públicos con participación mayoritaria estatal desarrollan actividades distintas a la prestación de servicios públicos domiciliarios; estas últimas, a su juicio, se sujetarían al derecho público y, por ende, al estatuto general de contratación estatal, lo que a su vez permitiría entender que en relación con aquellas otras actividades distintas a las propias de los servicios públicos domiciliarios, las empresas de servicios públicos mixtas, en calidad de contratistas, podrían celebrar contratos interadministrativos con otras entidades del Estado.

Con base en lo anterior, se hacen las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Las Empresas de Servicios Públicos que se rigen por la Ley 142 de 1994 pueden modificar su objeto social y extender su capacidad para desarrollar de manera adicional, actividades diferentes a aquellas señaladas en la citada ley? O por el contrario, ¿solo pueden tener un objeto específico circunscrito a las actividades de que trata dicha norma?*

2. *De ser permitida la modificación del objeto social para realizar actividades diferentes a las que regula la Ley 142 de 1994, ¿es viable que una empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo objeto social fue definido por la misma ley (artículos 167 de la ley 142 y 32 de la Ley 143 de 1994) pueda igualmente efectuar modificaciones a su objeto social, en desarrollo del principio de igualdad frente a las demás ESP?*

3. *De ser viable la modificación anterior, ¿ella debe hacerse mediante la expedición de una nueva ley o puede, atendiendo a su naturaleza de ser una sociedad de régimen especial que se rige por las normas propias de las sociedades anónimas, adoptar estas modificaciones mediante una reforma estatutaria en los términos del Código de Comercio?*

4. *Si es viable que las ESP mixtas modifiquen su objeto social para desarrollar actividades diferentes a las que señala la Ley 142 de 1994, ¿los contratos que celebren para ejecutar tales actividades se registrarán por las normas de la contratación pública, dada la participación mayoritaria del Estado en el capital de la ESP?*

5. *En este último evento de tener que acudir a las normas de la contratación pública, ¿puede celebrar contratos interadministrativos bajo la modalidad de contratación directa de que trata la Ley 1150 de 2007?*

6. *Al celebrar contratos interadministrativos bajo la modalidad de selección directa ¿pueden estos contratos contener algunos elementos propios de una concesión?*

#### **PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:**

En primer lugar, la Sala advierte que el presente concepto se limita a las actividades y servicios que se rigen por la Ley 142 de 1994; en particular no se referirá a las actividades de telecomunicaciones de que trata la Ley 1341 de 2009.



Hecha esta salvedad, se encuentra entonces que de acuerdo con los antecedentes expuestos la pregunta inicial que debe responderse, es la relativa a la posibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios establezcan en su objeto social actividades distintas a las propias de prestación de los servicios públicos domiciliarios; en particular, se debe determinar si tales empresas tienen libertad para escoger su objeto social y para que este sea, además de la prestación de tales servicios públicos y sus actividades complementarias, cualquier otra operación comercial que determinen sus socios de conformidad con las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

En segundo lugar habría que determinar el régimen jurídico aplicable a esas otras actividades no relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, particularmente cuando fueren desarrolladas por empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas (con capital estatal igual o superior al 50%). En particular habría que revisar hasta qué punto las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas pueden celebrar contratos interadministrativos con entidades estatales sujetas a la Ley 80 de 1993 a través del sistema de contratación directa.

### **El objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios 1. Marco Constitucional**

Antes de revisar las normas de la Ley 142 de 1994 que de manera específica se refieren al objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es necesario tener en cuenta dos aspectos constitucionales de especial relevancia:

a. En primer lugar, la importancia que la Constitución Política le otorga a la empresa como base del desarrollo, según lo dispuesto en su artículo 333:

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

*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.*

Como se observa, el Estado debe estimular el desarrollo empresarial, además de impedir, en los términos de la ley, que se obstruya o restrinja la libertad económica.

En ese sentido, los límites que según la misma Constitución pueden ser impuestos a dichas libertades por razones de interés social, ambiental o cultural, no se oponen *per se* al crecimiento, fortalecimiento y expansión de la empresa pública o privada como fuente del desarrollo: de hecho, como lo señala esta misma disposición, la Constitución no prohíbe que una empresa llegue a una posición dominante en un mercado, sino el abuso que se pueda hacer de la misma.

Esto es relevante en la presente consulta, pues como se verá más adelante, diversas disposiciones de la Ley 142 de 1994 promueven dentro del marco fijado para el desarrollo de dicha actividad y en un contexto de libertad económica, el fortalecimiento, desarrollo y expansión de las empresas de servicios públicos domiciliarios, tanto oficiales como privadas o mixtas, superando así el esquema anterior de entidades estatales con un solo servicio público a su cargo, que operaban en ámbitos territoriales limitados y con pocas posibilidades reales de crecimiento.

b. Sin que se oponga a lo anterior, se encuentra también, en segundo lugar, que frente a la mayor libertad que existe en la generalidad de actividades privadas desarrolladas en ejercicio de la libertad de empresa (art. 333 C. P.), la prestación de servicios públicos domiciliarios por los particulares o por el propio Estado está sujeta al régimen jurídico especial fijado por la ley, tal como lo dispone expresamente el artículo 365 de la Constitución:

*“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”* (Se resalta).

Se trata de actividades en mayor medida intervenidas y reguladas, dada su estrecha relación con la finalidad social del Estado y, particularmente, en el caso de los servicios públicos domiciliarios, con la satisfacción de necesidades básicas de la población; en estos casos, la libertad de empresa es permitida pero dentro del marco fijado por la ley, de manera que admite mayores límites y no está librada en todo a la autonomía de la voluntad y al derecho privado. En este sentido, el artículo 367 Superior le asigna al legislador la determinación de las competencias y responsabilidades de los prestadores y las condiciones de cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios:

*“Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

*Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. “*

Esa limitación a la libertad de empresa en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, en razón del interés general que reviste su prestación, ha sido advertida por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos. Así por ejemplo, en Sentencia C-741 de 2003 se señaló:

*“En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que “en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (Art. 58 C. P.) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (Art. 333 C. P.),” y en consecuencia su ejercicio está sometido no solo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación.*

*Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad”.* (Se resalta).

En ese sentido, la Corte Constitucional deja claro que el régimen constitucional de los servicios públicos denota la voluntad del constituyente de que tanto los prestadores públicos o privados como el servicio mismo, estén sujetos a un régimen jurídico especial, diferente al ordinario de una actividad empresarial cualquiera:

*“4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no solo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial”<sup>2</sup>.* (Negrilla fuera del texto).

---

2 Sentencia C-736 de 2007.

Justamente, en relación directa con esta consulta, se ha indicado también por la Corte Constitucional que el régimen especial de los servicios públicos incluye reglas específicas para las empresas que los prestan, en particular en aspectos tales como **su naturaleza jurídica y objeto social**:

*“En primer término, la Corte observa que la expedición de la norma acusada se produjo dentro del ejercicio de las atribuciones constitucionales conferidas ordinariamente al legislador, en especial, las consagradas en los artículo 150-23 y 365 Superiores, que ordenan establecer un régimen jurídico que rija la prestación de los servicios públicos domiciliarios : para lo cual, necesariamente, tenía que disponerse de **una regulación especial que comprendiera a las personas o entidades prestatarias de esos servicios, dado su carácter esencial en la realización de esa labor, en aspectos relacionados con la naturaleza, objeto, forma de constitución, conformación del capital, causales de disolución, mecanismos de resolución de las diferencias, entre otros asuntos, y que no estuviesen regulados por la legislación vigente**”<sup>3</sup> (se resalta)*

Conforme a lo anterior, se puede observar en la Ley 142 de 1994 que la prestación de servicios públicos domiciliarios no se hace en todo bajo parámetros de derecho privado, sino que implica primeramente la sujeción a un régimen especial y diferenciado que incluye disposiciones sobre el objeto, la constitución y administración de las empresas; sus deberes, obligaciones, beneficios, incentivos y privilegios; y los sistemas de regulación, control, inspección y vigilancia al que deben someterse quienes concurren a dicho mercado. Por tanto, solamente será lo no regulado en dicha ley (“en todo lo demás”), lo que se sujetará a reglas comunes de derecho privado.

Lo dicho implica además, que la aplicación del derecho privado y societario no resultará absoluta ni derogatoria, por vía de la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad, de las reglas imperativas que se establecen en la ley para los prestadores de este tipo de servicios.

## **2. El objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios en la Ley 142 de 1994. Análisis del artículo 18 de la ley.**

Visto el marco constitucional de los servicios públicos, es necesario revisar entonces cuál es la regulación que la Ley 142 de 1994 hace del objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Así se podrá determinar el alcance del régimen especial en este aspecto en particular y, por ende, si la remisión supletiva a las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas para todo lo no regulado en dicha ley, llega o no hasta el punto de permitir que tales empresas contemplen dentro de su objeto social otras actividades distintas a las propias de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Al respecto, se observa inmediatamente que la Ley 142 de 1994 define de manera expresa el objeto social posible de las empresas de servicios públicos domiciliarios y lo circunscribe a una o varias actividades puntuales, a saber:

---

3 Sentencia C-242 de 1997.

**“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.**

*Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.*

*Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.*

*Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos (...). ((Se resalta)).*

Como se observa, según la ley 142 el objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios admite tres posibilidades: (i) la prestación de uno o más servicios públicos regulados por la ley (acueducto, alcantarillado, aseo, gas energía eléctrica y telefonía básica local y de larga distancia -art. 14-); o (ii) una o más actividades complementarias a tales servicios<sup>4</sup>; o (iii) una y otra cosa. Si se presta un solo servicio o actividad complementaria se tratará de un objeto social exclusivo; en los demás casos se tendrá un objeto social múltiple (de varios servicios y/o actividades complementarias). En todo caso, el inciso segundo faculta a las comisiones de regulación para obligar a estas empresas, en determinadas circunstancias, a tener un objeto exclusivo, es decir, a prestar un solo servicio o actividad complementaria.

De manera que las empresas de servicios públicos podrán escoger libremente uno o varios de los servicios o actividades complementarias señaladas en la ley y hacer las reformas estatutarias pertinentes para adaptar su objeto a sus necesidades de crecimiento y desarrollo dentro de las muy variadas opciones que la norma en cita permite.

A este respecto cabe llamar la atención que cuando la disposición revisada se refiere a un objeto social múltiple (inciso segundo), lo está haciendo respecto de los servicios públicos y/o actividades complementarias reguladas en la misma ley (art. 14), y no en relación con otras actividades comerciales distintas a las que constituyen el objeto social posible de estas empresas. En ese sentido, la parte final del inciso segundo señala claramente que *las empresas de objeto social múltiple* deben llevar contabilidad separada “*para cada uno de los*

<sup>4</sup> El artículo 14 señala: “14.2. Actividad complementaria de un servicio público. Son las actividades a que también se aplica esta Ley, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades”. Por ejemplo para el servicio público de acueducto las actividades complementarias son “la captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte”; en relación con el servicio de energía eléctrica son actividades complementarias las “de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión”; etc. Se trata por tanto de actividades directamente relacionadas con el objeto social propio de cada servicio público.

*servicios que presten*”; y que el costo y la modalidad de las operaciones “*entre cada servicio*” deben registrarse de manera explícita. Por ende, tal alusión a un objeto social múltiple debe entenderse en el contexto de las actividades permitidas según la parte inicial del artículo 18, esto es, “*uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa*”.

Precisamente, en sentencia del Consejo de Estado del 14 de abril de 2011, se recuerda que si bien la Ley 142 de 1994 permite que las empresas de servicios públicos presten uno o varios servicios públicos o actividades complementarias previstos en dicha ley, en todo caso deben llevar contabilidad separada para cada uno de ellos. Cabe señalar que de esta sentencia no se deriva que las empresas de servicios públicos puedan prestar servicios públicos domiciliarios y, además, otras actividades que no sean complementarias de éstos; su estudio se limitó a la forma de tributación de una empresa de servicios públicos cuando su objeto cobija varias de las actividades señaladas en la Ley 142 de 1994:

*“Ahora bien, el hecho de que EPPM genere energía constituye una actividad complementaria e independiente a la de prestar el servicio público domiciliario de energía y, en tales condiciones, como se explicó, los efectos tributarios de cada una se someten a reglas diferentes, máxime cuando existe una regulación especial frente al impuesto de industria y comercio en este tipo de empresas, como es la señalada en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997”.*

Ahora bien, esa delimitación del objeto de estas empresas alrededor de uno o varios servicios públicos domiciliarios o de sus actividades complementarias, se ve reforzada en el inciso tercero del mismo artículo 18, el cual solamente permite que las empresas de servicios públicos domiciliarios participen como socias en *otras empresas de servicios públicos o en aquellas otras que tengan como objeto principal la provisión de un bien o servicio indispensable para cumplir su objeto*<sup>5</sup>; por tanto, no sería viable para las empresas de servicios públicos hacer inversiones en empresas con objeto distinto a los propios de su actividad.

En igual sentido, el derecho de asociación con otras empresas está limitado también a que se realice “*en desarrollo de su objeto*” (parte final del inciso tercero), de forma que, por esta vía, se restringe igualmente la posibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen actividades no relacionadas con la prestación de uno o varios de los servicios regulados en la ley o con sus actividades complementarias.

Y habría que añadir, en cuanto a su ámbito territorial, que el artículo 23 de la misma ley autoriza que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen libremente su *objeto social* (no cualquier actividad) en todo el país o en el exterior, sin necesidad de autorización estatal<sup>6</sup>.

5 Un estudio detenido sobre la posibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios se asocien o participen en otras empresas que tengan **ese mismo fin** puede verse en Concepto 1066 de 1997, M.P. César Hoyos Salazar. Sin embargo, en dicha oportunidad no se revisó la cuestión que ahora ocupa a la Sala sobre la posibilidad de desarrollar actividades de servicio público y otras que no lo son.

6 “Artículo 23. Ámbito territorial de operación. Las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio. Igualmente, conforme a lo dispuesto por las normas cambiarias o fiscales, **las empresas podrán desarrollar su objeto** en el exterior sin necesidad de permiso adicional de las autoridades colombianas”. (se resalta)

### 3. Otras referencias en la Ley 142 de 1994 al objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Además de lo ya señalado, las referencias a un objeto social limitado a las actividades de servicio público y a las complementarias reguladas en la propia ley 142, se encuentran en otras varias de sus disposiciones que resultan igualmente relevantes para absolver la presente consulta.

3.1 Inicialmente, el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 señala que en ejercicio de la libertad de empresa, los particulares pueden concurrir a la creación y operación de empresas prestadoras “*que tengan por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios*”:

*“Artículo 10. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley”. ((Se resalta).)*

Se desarrolla así el artículo 365 de la Constitución Política ya citado, que autoriza la prestación de los servicios públicos por los particulares y con lo cual se modifica el esquema regulatorio anterior que giraba en torno a la prestación directa de los mismos por parte del Estado.

Ahora bien, este artículo 10 tiene dos elementos importantes: (i) la sujeción de la libertad de empresa a la Constitución y la ley, con lo cual se reafirma la intervención del Estado en este sector y la existencia de límites a la autonomía de la voluntad; y (ii) que la libertad de empresa en este ámbito de la actividad económica se concreta en la posibilidad de *organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios*. Sobre esto último, la ley no permite que cualquier empresa o comerciante preste servicios públicos; como indica el artículo 10 en cita, quien tenga interés en ello podrá *crear o participar* en empresas que tengan ese fin particular.

3.2 Esto que se acaba de decir guarda plena concordancia con las personas que según el artículo 15 de la misma ley están autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios:

*“Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:*

***15.1. Las empresas de servicios públicos.***

*15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.*

*15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

*15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.*

*15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.*

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17”. ((Se resalta).)

Nótese que, además de los municipios y organizaciones ciudadanas en ámbitos locales, solamente pueden prestar servicios públicos domiciliarios de forma ordinaria y principal *las empresas de servicios públicos* (numeral 15.1), es decir, las que tienen ese objeto social específico conforme al artículo 18 antes revisado. Las demás empresas o personas privadas dedicadas a otras actividades solo pueden producir servicios públicos para su uso particular o como consecuencia o complemento de su actividad principal -(numeral 15.2.), pero en todo caso con un ámbito de acción limitado según la misma ley<sup>7</sup>. Y, por su parte, las propias entidades descentralizadas del Estado que venían cumpliendo esta tarea antes de la Ley 142 de 1994 (numeral 15.6), debieron transformarse posteriormente en empresas *de servicios públicos domiciliarios* bajo algunas de las formas empresariales previstas en la misma ley (privadas, oficiales o mixtas)<sup>8</sup>.

Por tanto, para ejercer la libertad de empresa en este sector no basta a cualquier empresa sumar a su objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios; los interesados en participar en esta actividad pueden hacerlo sin necesidad de autorización (art.22) pero mediante la *creación y operación* de empresas *que tengan ese objeto particular*. Frente a ello, existe pues una gran diferencia con una actividad comercial cualquiera en la que no existen razones de interés general para su regulación.

3.3. Precisamente, según el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, además de su carácter societario, el otro elemento esencial de la naturaleza jurídica de estas empresas es *su objeto social de prestación de los servicios públicos* regulados en dicha ley:

*“Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley”. ((Se resalta).)*

*Se puede ver entonces que el objeto social es elemento definitorio de la condición de empresa de servicios públicos domiciliarios E.S.P., lo que además les obliga a anunciarse como tales:*

*“Artículo 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras “empresa de servicios públicos” o de las letras “E.S.P.”*

Anunciarse como empresa de servicios públicos denota por tanto para cualquier persona el conocimiento de los fines de la empresa y de suyo la existencia de un régimen legal especial que incluye la vigilancia y supervisión de sus actividades.

<sup>7</sup> El artículo 14, modificado en esta parte por el artículo 1 de la Ley 689 de 2001, trae la siguiente definición: “**14.15 Productor marginal independiente o para uso particular.** Es la persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos *para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal*” (cursiva fuera del texto)

<sup>8</sup> Ley 286 de 1996: “Artículo 2o. Las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley”.



#### 4. Síntesis de las normas citadas

Conforme a lo expuesto, se tiene que conforme a la Ley 142 de 1994 (i) el objeto de las empresas de servicios públicos es la prestación de uno (objeto único) o varios (objeto múltiple) de los servicios definidos en esa ley o su actividades complementarias o unas y otras (art. 18); (ii) tales empresas solo están autorizadas para invertir en otras empresas de servicios públicos domiciliarios o que produzcan bienes o servicios necesarios para cumplir su objeto (ibídem); (iii) así mismo, solo pueden asociarse con otras empresas en desarrollo de su objeto social de prestación de servicios públicos domiciliarios (ibídem); (iv) la libertad de empresa en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios se manifiesta en el derecho de cualquier persona a crear, operar e invertir en empresas cuyo objeto sea la prestación de tales servicios (art. 10); (v) como consecuencia de lo anterior, además de los municipios y de las organizaciones sociales en el ámbito local, solo están autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios las empresas públicas o privadas creadas con ese objeto (art. 15); y (vi) la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos es la de “sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos”.

Así entonces, el espacio dejado por la Ley 142 de 1994 a la autonomía de la voluntad y a la libertad de empresa en relación con el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios, está circunscrito a (i) crear y operar libremente empresas que tengan ese fin particular; (ii) escoger para tales empresas uno o varios servicios públicos y/o actividades complementarias, bien sea en el acto inicial de creación o en reformas estatutarias posteriores; (iii) asociarse o hacer inversiones en otras empresas de servicios públicos o que produzcan bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de su objeto; y, (iv) desarrollar su objeto en cualquier lugar del país o en el exterior.

#### 5. El carácter supletivo de la remisión al derecho privado y a las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

Ahora bien, en este contexto ¿dónde se ubica y qué alcance tiene la remisión de la Ley 142 de 1994 al régimen de sociedades anónimas del Código de Comercio, en que según el organismo consultante se podrían apoyar los órganos sociales de las empresas de servicios públicos domiciliarios para ampliar libremente su objeto a actividades distintas a la de prestación de servicios públicos domiciliarios?

Tal remisión aparece en el artículo 19 de la Ley 142 (posterior a las disposiciones que se han revisado sobre el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios), en el cual se establece lo siguiente:

“Artículo 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras “empresa de servicios públicos” o de las letras “E.S.P”.

19.2. La duración podrá ser indefinida.

19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.

19.4. Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.

*19.5. Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.*

*19.6. Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no.*

*19.7. El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.*

*19.8. Las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.*

*19.9. En las asambleas los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios.*

*19.10. La emisión y colocación de acciones no requiere autorización previa de ninguna autoridad; pero si se va a hacer oferta pública de ellas a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores.*

*19.11. Las actas de las asambleas deberán conservarse; y se deberá enviar copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La Superintendencia tendrá en relación con los balances y el estado de pérdidas y ganancias las facultades de que trata el artículo 448 del Código de Comercio. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad pública que tenga la competencia por*

*la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.*

*19.12. La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.*

*19.13. Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen.*

*19.14. (Inexequible).*

***19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.***

*19.16. La composición de las juntas directivas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria.*

*19.17. En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados". (Se resalta).*

Como se observa, este artículo contiene diversos elementos del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Entre otros, la obligación ya vista de usar la denominación E.S.P, la forma de constitución del capital social, reglas especiales de adopción de decisiones por las asambleas y de diligenciamiento de sus actas, normas para la colocación de acciones, causales especiales de disolución, etc. Frente a todo ello, la remisión a las normas del código de comercio sobre sociedades anónimas es apenas residual: "para todo lo demás".

Se trata entonces de una remisión de carácter supletivo al derecho societario, en cuanto está dada únicamente para aquello que la propia Ley 142 de 1994 no ha regulado de manera especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios. Precisamente, el artículo 3° de la misma ley establece como regla principal la sujeción de las empresas de servicios públicos al régimen constitucional y legal fijado para ellas:

*“Artículo 20. Intervención del Estado en los servicios públicos. (...) Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquellas y esta”. (Se resalta).*

Igualmente, cuando la ley 142 señala que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el ejercicio de los derechos de sus socios y la actividad contractual de las empresas se sujetarán al derecho privado, hace salvedad en todos los casos de la prevalencia de las regulaciones contenidas en ella (art. 31<sup>9</sup> y 32<sup>10</sup>).

Por tanto, los aspectos especiales del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios contenidos en la Ley 142 de 1994 son prevalentes frente a las normas generales de derecho privado; por lo mismo, constituyen límites a la autonomía de la voluntad y a la libertad de empresa en ese sector particular de la actividad económica.

Cuestión distinta, que no es incompatible con la Ley 142 de 1994, es que se pueda entender, conforme al artículo 99 del Código de Comercio, que las empresas de servicios públicos domiciliarios están habilitadas para desarrollar, además de su objeto principal definido en la Ley 142 de 1994 (servicios públicos y actividades complementarias), **las demás actividades conexas** que se relacionen directamente con él:

*“Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. (Se resalta.)*

Pero ello es diferente a señalar que las empresas de servicios públicos domiciliarios podrían invocar este artículo para incluir en su objeto actividades distintas a las señaladas en la Ley 142 de 1994.

## 6. Conclusiones

De acuerdo con lo que se ha expuesto, la Sala concluye que el objeto social de las empresas de servicios públicos se encuentra circunscrito a los servicios públicos y actividades complementarias previstos en la ley 142, lo que a su vez determina, conforme a la misma ley, sus posibilidades de inversión, de contratación y de asociación en el país o en el exterior.

En efecto, la Sala encuentra que los diversos contenidos normativos analizados a lo largo de este concepto se orientan inequívocamente a que la prestación de los servicios públicos,

<sup>9</sup> “Artículo 31. Régimen de la contratación (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001): Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”. (Se resalta)

<sup>10</sup> Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. (se resalta).

por su importancia para la sociedad, esté a cargo de empresas dedicadas a ese fin y no a otros distintos que no guarden relación con él, salvo las precisas excepciones del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 (municipios, organizaciones autorizadas, etc.). En ninguna de tales disposiciones está previsto ni expresa ni tácitamente que la prestación de un servicio público domiciliario sea una de las varias actividades de una empresa comercial cualquiera o que la empresa creada originalmente para ese fin de servicio público y sujeta por esa situación a un régimen especial del cual se derivan derechos, obligaciones, privilegios, etc., amplíe sus actividades a fines comerciales distintos; por el contrario, el legislador es prolijo al regular la exclusividad del objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios y establecer alrededor del mismo, sus posibles actividades complementarias y de inversión y asociación.

Si bien no es la regla general, no es extraña tampoco en el ordenamiento jurídico la existencia de actividades privadas cuyo objeto está limitado en la ley por razones de interés general; véase también, por ejemplo, la actividad financiera, que pese a referirse a operaciones típicamente mercantiles, exige a los interesados la creación de empresas con objeto social exclusivo en alguna de las modalidades previstas en la ley (banco, corporación financiera, compañía de financiamiento comercial, etc.), el cual no puede ampliarse con base en la aplicación de las normas del Código de Comercio que aluden a su forma societaria y al carácter mercantil de sus actos y contratos<sup>11</sup>.

A este respecto, en el caso analizado es concluyente lo que dispone también el artículo 45 de la misma ley 142, en el sentido que **el principio rector del control empresarial** de las empresas de servicios públicos domiciliarios, *es hacer coincidir los objetivos de la organización con sus fines sociales*, esto es, según el artículo 18 ibídem, con la prestación de los servicios públicos domiciliarios o sus actividades complementarias:

*“Artículo 45. Principios rectores del control. El propósito esencial del control empresarial es hacer coincidir los objetivos de quienes prestan servicios públicos con sus fines sociales y su mejoramiento estructural, de forma que se establezcan criterios claros que permitan evaluar sus resultados. El control empresarial es paralelo al control de conformidad o control numérico formal y complementario de este.*

*El control debe lograr un balance, integrando los instrumentos existentes en materia de vigilancia, y armonizando la participación de las diferentes instancias de control.*

*Corresponde a las comisiones de regulación, teniendo en cuenta el desarrollo de cada servicio público y los recursos disponibles en cada localidad, promover y regular el balance de los mecanismos de control, y a la Superintendencia supervisar el cumplimiento del balance buscado”.*

11 Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-172 de 2009 indicó: “En la misma línea, el hecho de que su objeto social sea el desarrollo de una actividad catalogada por la Constitución como de interés público, en la que se compromete el destino del dinero de las personas, implica que las entidades dedicadas a la captación y colocación de dinero ejercen su libertad económica en un marco de restricciones mayor al de los particulares que no la ejercen. La jurisprudencia constitucional ha dicho que la libertad económica que subyace a la actividad bancaria es por muchos aspectos distinta a la libertad de que goza un particular en el ejercicio corriente de sus negocios, pues, amén de que involucra la prestación de un servicio público, debe garantizar la satisfacción del principio de igualdad, de democratización del crédito y participar en el incremento de la prosperidad general (...) Ahora bien, una de las consecuencias directas de la limitante a la libertad económica de las entidades dedicadas a la actividad financiera es que las mismas solo pueden hacer aquello que expresamente les ha sido autorizado por la Constitución y la Ley” (se resalta). Véanse también, por ejemplo, conceptos de la Superintendencia Financiera del 28 de julio de 2008 o del 1 de marzo de 2004.

Si ese marco legal no responde a las necesidades actuales del mercado debido a los desarrollos tecnológicos o a las realidades económicas que enfrentan actualmente tales empresas, será un asunto que corresponderá revisar al propio legislador y no al intérprete, pues conforme se ha revisado, la normatividad vigente no permite llegar a una conclusión diferente a la que se ha señalado.

Es así que la posibilidad de incluir en el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios actividades comerciales distintas y completamente ajenas a tales servicios, plantearía de hecho, como se advierte de la consulta, múltiples problemas de aplicación e interpretación que no encajan bien o carecen de regulación en el régimen especial de los servicios públicos de la Ley 142 de 1994. Por ejemplo, ¿serían esas otras actividades objeto de regulación, control y vigilancia o se generarían en las empresas actividades supervisadas y otras no?; ¿cuál sería el régimen tributario aplicable, como quiera que la Ley 142 de 1994 establece reglas especiales para las empresas de servicios públicos domiciliarios?; ¿la obligación de la Ley 142 de 1994 de tener auditoría externa se aplicaría a las actividades que no son de prestación de servicios públicos domiciliarios?; ¿los sistemas especiales de información que deben llevar las empresas de servicios públicos domiciliarios serían apenas parciales (solamente para las actividades de servicio público)?; ¿Si como plantea la consulta, en el caso de las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas esas otras actividades se sujetarían al derecho público, sucedería lo mismo con los trabajadores dedicados a ellas, es decir, surgiría un doble régimen legal laboral: de derecho privado para algunos y legal y reglamentario para otros?; ¿tratándose de empresas oficiales o mixtas existiría igualmente un doble régimen legal para los actos y los contratos?

Como se observa, en esta perspectiva surgiría a la fuerza un doble régimen legal que rompería la coherencia y unidad de la Ley 142 de 1994; sus disposiciones podrían relativizarse y volverse incluso inaplicables, a más de que habría un grave riesgo para el ejercicio de los mecanismos estatales de regulación, supervisión y vigilancia del sector, los cuales deben garantizar antes que nada la continuidad y calidad de los servicios públicos esenciales de la comunidad.

Por ello se reitera que la remisión al derecho privado para los actos, contratos y régimen societario de las empresas de servicios públicos domiciliarios, debe leerse a partir de un principio de subsidiaridad y de forma concordante con el marco legal creado por el propio legislador.

## **7. El caso de la empresa regulada en los artículos 167 de la ley 142 y 32 de la ley 143 de 1994.**

Las conclusiones que se acaban de exponer se reafirman para la segunda y tercera preguntas de la consulta, relacionadas con la empresa regulada de manera particular en los artículos 167<sup>12</sup> de la ley 142 y 32<sup>13</sup> de la ley 143 de 1994; en efecto, además de lo ya señalado

12 "Artículo 167. Reformas y escisión de ISA S.A. Autorízase al gobierno nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A., que en lo sucesivo será el de atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión y prestar servicios técnicos en actividades relacionadas con su objeto principal (...) Parágrafo 3o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad". (se resalta)

13 Artículo 32. Autorízase al Gobierno Nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A., que en lo sucesivo será el de atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión, la planeación y coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y prestar servicios técnicos en actividades relacionadas con su objeto Social (...) Parágrafo 3o. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional, no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad. (se resalta)

para la generalidad de empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala observa que el objeto social de dicha empresa fue definido de manera particular por el mismo legislador, quien por demás lo limitó de manera precisa a uno solo de los varios servicios posibles de las empresas de energía: la interconexión<sup>14</sup>. Las normas en cita son perentorias sobre su objeto social (“que en lo sucesivo será”), sin dejar espacio a una ampliación posterior del mismo hacia actividades distintas a las del servicio público que le fue encomendado.

En este escenario, en que el objeto social de la empresa pública es directamente definido por la ley, la propia Administración y los particulares interesados en asociarse con ella conocen de antemano los límites de la voluntad pública y el hecho de que ese será un aspecto de la empresa para cuya reforma no será suficiente una decisión de sus órganos sociales<sup>15</sup>.

Frente a este límite legal con menor razón se podrá invocar entonces el derecho privado de las sociedades y de los actos y contratos, el cual opera, como se ha dicho, de manera subsidiaria a lo dispuesto en la ley 142.

Así, en lo que respecta a la tercera pregunta de la consulta, está claro que para ampliar el objeto de la empresa en cuestión a actividades distintas a las propias de prestación de servicios públicos o sus actividades complementarias sería necesaria una reforma legal y no bastaría una reforma simplemente estatutaria; además, ello haría aconsejable una revisión mucho más general del marco jurídico de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, pues según se ha señalado, el mismo no está diseñado para tales efectos. En cualquier caso, sería necesario justificar desde el punto de vista constitucional y de los principios que informan la Ley 142 de 1994, una modificación parcial de esta última para conceder un trato favorable a una empresa mixta u oficial.

Por lo mismo, sería el propio legislador el llamado a definir cuál sería el régimen contractual de esas otras actividades no vinculadas con los servicios públicos, especialmente cuando se trate de empresas oficiales o mixtas; tales aspectos, como se desprende de lo señalado a lo largo de esta consulta, no están previstos actualmente en la Ley 142 de 1994, estructurada alrededor de un objeto propio y particular para las empresas de servicios públicos domiciliarios.

## **B. La celebración de “contratos interadministrativos” con empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas por el sistema de contratación directa.**

Sobre este segundo aspecto de la consulta (preguntas 4 a 6) surgiría una contradicción cuando se invoca la remisión exclusiva y excluyente del derecho privado para fundamentar la ampliación del objeto social de las empresas de servicios públicos, pero a renglón seguido se demanda la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública para indicar que a su amparo las empresas de servicios públicos con participación estatal se considerarían

14 En desarrollo de estos artículos, el Decreto 1521 de 1994 ordenó a ISA reformar sus estatutos para adaptar su objeto a lo dispuesto en ellos: “Artículo 11. La sociedad Interconexión Eléctrica S.A. tendrá por objeto social el contemplado en los artículos 167 y 32 de las leyes 142 y 143 de 1994. (...) Parágrafo . Dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigencia de este Decreto, ISA procederá a reformar sus estatutos para ajustarlos a lo dispuesto en este artículo”.

15 En Concepto 1815 de 2007, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo, esta Sala ya había señalado lo siguiente en relación, precisamente, con las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas: “El derecho aplicable al acto de creación o autorización: es claro que por tratarse de actos que afectan la estructura de la administración nacional, o territorial, es necesario que se encuentren en una ley, ordenanza o acuerdo, y por lo mismo se rigen por el derecho público”.

entidades estatales, pero solo para efectos de la suscripción de contratos interadministrativos –por contratación directa y sin licitación pública- con otras entidades estatales que actuarían como contratantes.

A este respecto, es cierto que la generalidad del artículo 2° de la Ley 80 de 1993<sup>16</sup> permitiría entender *prima facie* que toda empresa con participación estatal superior al 50% sería entidad estatal para efectos de dicha ley y que, por lo tanto, se sujetaría a ella en todos los aspectos de su contratación, inclusive en lo relacionado con la celebración de contratos interadministrativos<sup>17</sup>. También es cierto que conforme al numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 es posible entender que el legislador ha previsto la existencia de contratos interadministrativos entre entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación Pública y otras sometidas a un régimen especial como las universidades<sup>18</sup>.

Sin embargo, en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal, es necesario tener en cuenta que además de la aplicación del derecho privado a sus contratos (artículo 31 de la Ley 142 de 1994<sup>19</sup>), dichas empresas actúan en condiciones de mercado y bajo un régimen de competencia que les impide reclamar para sí privilegios propios del Estado, como el de suscribir contratos interadministrativos por el sistema de contratación directa.

En efecto, la ley 142 sujeta a todas las E.S.P al mismo régimen jurídico y les concede las mismas prerrogativas con independencia de su condición privada, oficial o mixta. De hecho, como se observa en el segundo inciso del artículo 31 antes citado, el uso forzoso de potestades excepcionales en algunos de sus contratos es extensible a todas las empresas de servicios públicos y no solo a las que tienen participación pública.

- 16 Artículo 2°. de la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1°. **Se denominan entidades estatales:** a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".
- 17 El Decreto 2474 de 2008 establece: "Artículo 78. **Contratos interadministrativos.** Las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal". Esta regla se encuentra reproducida en el Decreto 734 de 2012 - Artículo 3.4.2.1.1.
- 18 Ley 1474 de 2001. Artículo 92. **Contratos interadministrativos.** Modificase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así: c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo". (se resalta)
- 19 "Artículo 31. Régimen de la contratación (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001): Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.** Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo
- Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993". (se resalta)



Además, el artículo 2° de la misma ley 142 establece que el Estado intervendrá en los servicios públicos, con el fin de garantizar “*libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante*”; el artículo 3° señala que los instrumentos de intervención estatal deberán regirse por un principio de neutralidad “*a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios*”; y el artículo 11 señala que las empresas que presten servicios públicos tienen, entre otras obligaciones, “*asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros*” y “*abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia*”.

Es así que el artículo 87 la Ley 489 de 1998 dispone que las empresas industriales y comerciales del Estado que por razón de su objeto *compitan* con empresas privadas “no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y libre competencia frente a las empresas privadas”.

Al respecto, es relevante entonces lo que dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, sobre la no aplicación del Estatuto General de Contratación Pública cuando, precisamente, las empresas del Estado actúan en régimen de competencia:

*Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, 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. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. (Se resalta).<sup>20</sup>*

Así, bien es cierto que esta misma Sala<sup>21</sup> y diversos pronunciamientos judiciales se han referido a la pertenencia de las empresas de servicios públicos mixtas y oficiales a la estructura del Estado<sup>22</sup>, ello no implica la variación de su régimen legal y el hecho de que

20 Antes de su modificación, la Ley 1150 de 2007 era muy similar respecto a lo que impacta la presente consulta: “Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, 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 se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o 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”.

21 Concepto 1815 de 2007, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.: “Aplicando lo expuesto en los tres acápites anteriores a las empresas de servicios públicos mixtas, es claro que son entidades públicas, pues en ellas participa el Estado, previa una decisión contenida en una ley, ordenanza o acuerdo, con una parte del capital de la misma, que debe ser igual o superior a la mitad. Para la Sala es igualmente claro que las llamadas privadas, en las que confluya la voluntad pública de participar en ellas con aportes de recursos del Estado y los particulares, también entran en esta clasificación genérica de entidades públicas. Las citadas empresas hacen parte también del concepto de administración pública del artículo 39 de la ley 489 de 1998, pues son entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo... la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano”.

22 Consejo de Estado, Sentencia de marzo 2 de 2006, M.P. Alíer Hernández. Rad. 29703; Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007; recientemente, sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, 12 de febrero de 2012. M.P. Martha Teresa Briceño. Se refiere a que para efectos de la Estampilla

en lo que a contratación se refiere, actúan en condiciones de mercado y competencia, con exclusión, para unas y otras, del Estatuto General de Contratación Pública<sup>23</sup>. De hecho incluso, en algunos casos se ha señalado que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas son personas de derecho privado que no forman parte de la Administración<sup>24</sup>, lo cual reafirmaría aún más lo que se ha venido señalando.

En síntesis, las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación pública no podrán invocar su carácter estatal para tener la prerrogativa de ser contratadas directamente por el Estado bajo la noción de *contrato interadministrativo*. Ello vulneraría, a juicio de la Sala, los principios de igualdad y libre competencia que informan tanto la Ley 142 de 1994 como la propia Ley 80 de 1993.

### LA SALA RESPONDE:

1. *¿Las Empresas de Servicios Públicos que se rigen por la Ley 142 de 1994 pueden modificar su objeto social y extender su capacidad para desarrollar de manera adicional, actividades diferentes a aquellas señaladas en la citada ley? ¿O por el contrario, solo pueden tener un objeto específico circunscrito a las actividades que trata dicha norma?*

2. *¿De ser permitida la modificación del objeto social para realizar actividades diferentes a las que regula la Ley 142 de 1994, es viable que una empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo objeto social fue definido por la misma ley (artículos 167 de la ley 142 y 32 de la Ley 143 de 1994) pueda igualmente efectuar modificaciones a su objeto social, en desarrollo del principio de igualdad frente a las demás ESP?*

3. *¿De ser viable la modificación anterior, ella debe hacerse mediante la expedición de una nueva ley o puede, atendiendo a su naturaleza de ser una sociedad de régimen especial que se rige por las normas propias de las sociedades anónimas, adoptar estas modificaciones mediante una reforma estatutaria en los términos del Código de Comercio?*

**Respuesta.** Las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar dentro de su objeto social cualquiera de los servicios o actividades complementarias previstas en la Ley 142 de 1994; en desarrollo de su objeto podrán hacer en el país o en el exterior las inversiones y operaciones que la misma ley les autoriza; por el contrario, no pueden incluir en su objeto social actividades comerciales no relacionadas con tales servicios o actividades complementarias.

En consecuencia, para que las empresas de servicios públicos domiciliarias puedan dedicarse a servicios o actividades distintas a las previstas en la Ley 142 de 1994 se requiere una reforma de esta ley.

4. *¿Si es viable que las ESP mixtas modifiquen su objeto social para desarrollar actividades diferentes a las que señala la Ley 142 de 1994, los contratos que celebren para ejecutar tales*

Ciudadela Universitaria del Atlántico, ISA es entidad pública, con independencia de que aplique reglas de derecho privado.

23 En Concepto 1815 de 2007, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo; igualmente Consejo de Estado, Sección Cuarta, 12 de febrero de 2012. M.P. Martha Teresa Briceño.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-1212 de 2004, apoyada en Concepto del 28 de enero de 1999, M.P. Javier Henao Hidrón.

*actividades se regirán por las normas de la contratación pública, dada la participación mayoritaria del Estado en el capital de la ESP?*

*5. ¿En este último evento de tener que acudir a las normas de la contratación pública, puede celebrarse contratos interadministrativos bajo la modalidad de contratación directa de que trata la Ley 1150 de 2007?*

*6. ¿Al celebrarse contratos interadministrativos bajo la modalidad de selección directa pueden estos contratos contener algunos elementos propios de una concesión?*

**Respuesta.** Por sustracción de materia no habría lugar a responder estas preguntas.

En todo caso, como las empresas de servicios públicos con participación estatal actúan en régimen de competencia con aquellas de naturaleza privada, oficial o mixta y sus contratos se rigen también por el derecho privado, no pueden invocar prerrogativas propias de las entidades estatales para suscribir contratos interadministrativos mediante contratación directa.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. Enrique José Arboleda Perdomo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.



---

# II.

## RAMA LEGISLATIVA

---



**1. Proyecto de ley n.º 196 de 2011 – Cámara “Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Carácter general del proyecto. Ausencia de conflicto de intereses de los congresistas.**

**Radicado 2078**

Fecha: 21/11/2011

Consejero Ponente: *Enrique José Arboleda Perdomo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 12 de enero de 2016

El Señor Ministro de Justicia y del Derecho solicita a la Sala su concepto sobre la posible configuración de un conflicto de intereses de los Congresistas para la discusión y aprobación del proyecto de Ley n.º 196 de 2011 - Cámara “*Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”.

**I. Antecedentes**

Señala el señor Ministro que el contenido del proyecto en mención tiene como finalidad la adopción de “*un estatuto procesal integral que regule en forma general, sistemática y coherente todos los procedimientos en los que se ventilen controversias de naturaleza civil, comercial, agraria y de familia, además de aplicarse en todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad no regulados expresamente en otras leyes*”.

En el contexto anterior se formula la siguiente **PREGUNTA**:

*¿Debe un Congresista declararse impedido para deliberar y votar el Proyecto de Ley n.º 196 de 2011 Cámara ‘Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones’ cuya expedición conllevaría la adopción por parte del Congreso de la República de un estatuto procesal integral, general y abstracto, cuya disposición de vigencia implicaría la aplicación inmediata a todos los procesos en curso, bien de manera directa (controversias de naturaleza civil, comercial, agraria y de familia) o bien de forma indirecta (asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad no regulados expresamente en otras leyes), por el hecho de que dicho Congresista o su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de derecho o de hecho sea sujeto procesal de un asunto al cual se le aplicarían las disposiciones del Código General del Proceso, cuando sea aprobado?*

**PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

**3.1. La regulación de los conflictos de intereses para el caso de los congresistas**

El asunto sometido a consideración de la Sala plantea la posibilidad de que en el trámite de elaboración de las leyes los congresistas puedan estar incurso en conflictos de intereses. Esta hipótesis ha sido regulada en distintas normas tanto constitucionales como legales, tal como a continuación se señala.

El artículo 182 de la Carta dispone que las situaciones que inhiban a un congresista para participar en el trámite de una ley deben ser comunicadas a la respectiva cámara, al tiempo que dejó a la ley la regulación de los conflictos de intereses y recusaciones. Dice textualmente:

*“Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”.*

En cumplimiento de la disposición mencionada, la ley 5ª de 1992, *“Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”*, en el artículo 286 del Capítulo IX denominado *“Estatuto del Congresista”* reguló el conflicto de intereses de la siguiente manera:

*“Artículo 286. Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”.*

Por su parte el artículo 291 de la misma ley indica que cuando un congresista observe la existencia de un conflicto de intereses solicitará ser declarado impedido. A su vez, los artículos 292 y 293 de la referida ley señalan el trámite que debe dársele a las declaraciones de impedimento.

En el mismo sentido el artículo 268 de la ley 5ª incluye como deberes de los congresistas el de abstenerse de invocar su condición para obtener un provecho personal indebido, el de poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de orden económico y moral que lo inhiban para participar en algún trámite sometido a su consideración, y de cumplir las disposiciones sobre incompatibilidades y conflicto de intereses.

Esta Sala ya se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el tema al analizar posibles conflictos de intereses por parte de los congresistas en el trámite de varias leyes, dentro de las cuales se encuentran la que regula el crédito hipotecario<sup>1</sup>, el impuesto predial unificado del Distrito Capital<sup>2</sup>, la carrera administrativa<sup>3</sup>, la reelección inmediata del Presidente de la República<sup>4</sup>, el habeas data<sup>5</sup> y la ley de víctimas<sup>6</sup>.

De los conceptos expedidos, cuya doctrina ha sido uniforme, se destaca el resumen realizado por la Sala para el caso de la ley de habeas data, radicación n.º 1673 de 2005, el cual recoge además las sentencias proferidas por la Sala Plena de la Corporación en casos de pérdida de investidura y que por ser importante para el caso que se estudia, se transcribe a continuación:

---

1 Concepto No. 1170 de 1999.

2 Concepto No. 1191 de 1999.

3 Concepto No. 1663 de 2004.

4 Concepto No. 1572 de 2004.

5 Concepto No. 1673 de 2005.

6 Concepto No. 2042 de 2010.



**“El sustento democrático de la institución va unido a la necesidad de proteger la legitimidad de la función legislativa. De acuerdo con la Constitución Política y la teoría de la democracia, los congresistas deben votar siempre teniendo en cuenta la justicia y el bien común<sup>7</sup>, en tanto representan todo el pueblo de Colombia y no una parte de él, entendiéndose por parte no solo la que habita en una zona geográfica del territorio sino la que puede estar unida por un determinado interés. La teoría democrática parte del supuesto de que es posible conciliar bajo una misma ley los diferentes intereses que existen en la sociedad.**

*La regulación expedida sobre el conflicto de interés, busca entonces proteger este apotegma de la democracia, pues la presencia de un interés particular en un congresista, con las características que se verán enseguida, puede llevar a que por sí mismo deslegitime su función de representación, por lo que la prudencia indica la necesidad de separarlo de la intervención en los debates y la aprobación de la ley. Además, se resquebraja la legitimidad de la ley si un Congresista, traicionando sus deberes, participa en el trámite legislativo con miras a hacer prevalecer su interés particular, pues en este caso no se estaría consultando el bienestar general sino el particular. Si esto ocurre se rompe el principio de la transparencia en las actuaciones de los órganos del Estado, que es otro de los pilares de la democracia.<sup>8</sup>*

**Concurrencia del interés general con el interés particular.** Como bien lo expresa el nombre dado a la institución que se analiza, el interés general al que están sometidos los miembros del congreso debe entrar en conflicto, esto es debe concurrir con el particular de alguno de sus integrantes, que debe ser actual y cierto por oposición a futuro y eventual, puesto que se presenta en el momento en que se está tramitando una ley, de donde se desprende que no se entiende que haya conflicto si este se pudiere presentar en un futuro o que se hubiere podido dar con anterioridad. Es evidente que todos los asociados pueden ser sujetos pasivos de todas las leyes, por lo que siempre podrá decirse que una ley eventualmente puede beneficiar a cualquier asociado, incluidos los miembros del Congreso. Por esta razón, se requiere que el conflicto sea real y no simplemente una eventualidad de la aplicación de la ley.<sup>9</sup>

*El conflicto debe ser lo suficientemente grave que permita deducir que puede afectar el discernimiento del Congresista, ya que, según la experiencia humana, lo probable es que intervenga a su favor y no pensando en el bien común. Es lógico decir que en el conflicto de intereses se presenta un elemento objetivo y uno subjetivo: es objetiva la doble situación en que se encuentra el congresista, quien debe soportar la tensión de los intereses que se oponen (el general de su función y el particular de su situación personal) y es subjetivo, pues no puede predicarse de la generalidad de congresistas, sino de quien se encuentre en la situación concreta que genere la contradicción con la función de interés general llamado a desempeñar.<sup>10</sup>*

7 Artículo 133 de la Constitución Política.

8 Ver Concepto No. 1170 del 3 de febrero de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Punto 1.1 de las Consideraciones.

9 Ver Concepto No. 1572 del 28 de abril de 2004. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Punto 3 de las Consideraciones.

10 Sentencia del 5 de agosto de 2003. Radicación No.11001-03-15-000-2003-0580-01(PI). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: “Sobre el entendimiento de dicha causal esta Corporación de Justicia ha estudiado el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de Congresistas referido al régimen contenido en el artículo 286 de la ley 5 de 1992, entre otros; y se ha pronunciado sobre distintos puntos: En sentencia proferida el 20 de noviembre de 2001 se señalaron las circunstancias de orden objetivo y subjetivo que deben concurrir para estructurar la causal:

la participación efectiva del Congresista en el procedimiento legislativo o en los mecanismos de control;

la existencia, cierta y demostrada, de que las deliberaciones, votaciones y aprobación de una determinada ley se derivan beneficios morales o económicos para el congresista, sus familiares o sus socios, en los grados predeterminados;

el beneficio que persiga o se obtenga con la ley no pueda ser catalogado como general, sino de carácter particular y que el congresista tenga la intención de beneficiar a su familiares, a sus socios o a sí mismo”.

*Cualquier persona puede advertir sobre la existencia del posible conflicto de interés en la medida en que conozca la situación particular del congresista, de allí la necesidad de registrar los intereses privados<sup>11</sup> de cada uno de los miembros del legislativo y la posibilidad de recusación<sup>12</sup> por quien tenga conocimiento del conflicto,<sup>13</sup> pero en relación con el elemento subjetivo del mismo, esto es la definición sobre qué tan determinante es la presencia del interés particular de la conducta del Congresista, lo califica quien lo sufre al plantear su impedimento a la corporación. Debe entonces distinguirse el elemento objetivo del conflicto que es cognoscible por cualquier persona, del elemento subjetivo, la gravedad del mismo que puede afectar la participación en el trámite de la ley, el cual se plantea por el mismo Congresista o por quien lo recuse y lo define la corporación a que pertenece, pues solo sus iguales están en condiciones de decidir, según las máximas derivadas de la experiencia, si esa situación particular puede afectar o no el ejercicio de la función de interés general y llevar al Congresista a que privilegie su interés personal frente al bien común que está obligado a respetar.<sup>14</sup>*

***El universo regulado por la Ley.*** Es necesario reseñar que la doctrina de esta Sala, para efectos de definir si puede o no existir un conflicto de interés, ha efectuado una diferenciación según el campo de aplicación de la ley, pues ha estimado que cuando la ley se aplica a la generalidad, o mejor a la universalidad de la población, difícilmente puede presentarse un conflicto de intereses, pero si se regula un sector de la sociedad, los miembros del Congreso que tengan intereses en dicho sector social, fácilmente pueden caer en un conflicto, y estarían obligados a plantear su impedimento<sup>15</sup>. Ejemplo del primer caso, es el de las leyes de impuestos, que dada su universalidad se aplican a todos los legisladores<sup>16</sup>, mientras que, y a manera de ejemplo se cita una ley sobre la televisión, que por regular una industria, aunque sea de manera general, quienes tengan interés en su reglamentación deben poner de presente esa situación, so pena de pérdida de su investidura.<sup>17</sup>

***Características del interés particular.*** El Consejo de Estado se ha ocupado de definir en qué consiste el interés particular que puede entrar en conflicto con el general propio de la función de legislar, y citando a Messineo dice que “se configura el interés privado cuando hay “exigencia

11 Artículo 287 de la ley 5 de 1992.

12 Artículos 294 y 295 *ibídem*.

13 Ver Concepto No. 815 del 10 de abril de 1996. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón. Punto II de las Consideraciones.

14 Sentencia del 3 de septiembre de 2002. Radicado 11001-03-15-000-2002-0447-01(PI-044). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Roberto Medina López. “De tales disposiciones constitucionales y legales se infiere que el conflicto de intereses ocurre cuando el congresista sea alcanzado por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar sin prevención alguna, en forma objetiva e independiente, por el peso de la conveniencia o el beneficio personal o de los familiares en los grados indicados o de los socios; y que corresponde a la respectiva Cámara decidir, en cada caso particular, sobre ese interés directo y privado en el asunto, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial..”

15 Concepto No. 1170 del 3 de febrero de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil: “Es manifiesto que la aplicación del artículo 286 de la ley 5ª de 1992 no puede ser indiscriminada y de una amplitud inusitada, en el sentido de significar que si un proyecto de ley resulta aplicable a un congresista, éste debe declararse impedido, pues ello llevaría a que no podrían los congresistas aprobar ninguna ley, ya que por su generalidad, cualquier ley los afectaría de una u otra manera. /En este evento es oportuno consultar el carácter general y abstracto de una ley: si esta es de aplicación a la generalidad de los habitantes y en consecuencia, resulta aplicable a los congresistas, no se presenta el impedimento, por cuanto estos se encuentran en igualdad de condiciones con los particulares sujetos de la ley; pero si el proyecto de ley tiene un beneficio concreto, específico, para un congresista, éste debe declararse impedido”.

16 Ver Concepto No. 1191 del 27 de mayo de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar. Consideraciones, Punto 1.2, numeral 2) literal b). Ver Sentencia AC1276 del 24 de marzo de 1994. Consejero Ponente: Jaime Abella Zárate. Punto 4.4. de las consideraciones de la Sala.

17 Ver Sentencia del 11 de marzo de 2003 radicada bajo el número 11001-03-15-000-2002-0519-01(PI-047). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “De ahí que como las disposiciones de la Ley 680 de 2001 no contienen regulaciones frente a las cuales todos los congresistas estaban en pie de igualdad y, en vista de que las mismas no envuelven un interés general que excluya la situación de conflicto, en casos como este, donde el propio Congresista dio muestras de estar dedicado al negocio de la comercialización de los servicios de televisión por suscripción, “...”: era menester que aquél manifestara su impedimento para intervenir en los debates y votaciones relacionados con el trámite de proyectos de ley referidos a esa materia”.

*para la satisfacción de necesidades humanas,” que además debe ser afectable lo cual significa que en el trámite de la ley pudiera tener una regulación especial que beneficie al congresista por ser diferente de aquella que se aplica a todos los demás asociados, es privado por oposición al interés público propio de su función, y que se encuentre radicado en cabeza del congresista o alguno de sus allegados dentro de los grados definidos por la ley.<sup>18</sup> (...)*

De lo anterior se concluye que la regulación sobre conflictos de intereses busca la protección de la democracia, la preservación de la legitimidad legislativa y la garantía de prevalencia del interés general. Para que se verifique un conflicto de intereses debe haber una contraposición de intereses, entre los de la sociedad y los personales del congresista, con la suficiente capacidad para afectar su discernimiento y con el riesgo de que se convierta en un privilegiado de la ley que tramita. Debe ser real y actual, no futuro ni eventual, y puede ser de índole moral o económica. Se resalta, que la posibilidad de que un conflicto de intereses exista, normalmente depende de lo que la ley pretenda regular, caso en el cual, si ella es para la generalidad de la población difícilmente se presentará un conflicto de intereses.<sup>19</sup>

En el más reciente pronunciamiento de esta Sala sobre conflicto de intereses, proferido el 21 de octubre de 2010 radicado con el n.º 2042, la Sala agregó que de extremar la institución del conflicto de intereses, se haría imposible la actividad legislativa en la medida de que todas las leyes pueden ser aplicadas a los que las aprueban. Además, reiteró que legítimamente un congresista podría beneficiarse de una ley en cuya formación haya intervenido, siempre y cuando tal beneficio se de en condiciones de igualdad frente a la sociedad a la que *“de manera general y abstracta, se dirige la ley”*. Dijo textualmente lo siguiente:

*“Por supuesto, no sería razonable ampliar esta regla hasta el extremo de impedir la participación de los congresistas en la aprobación de toda ley que pudiera serles aplicable, dado que los congresistas, en su condición de ciudadanos, son por regla general sujetos plenos de las leyes que ellos mismos aprueban. Entender el conflicto de intereses con tal alcance podría paralizar el funcionamiento de la actividad legislativa, sin beneficio alguno para el interés general ni para la defensa de la moralidad pública en el órgano legislativo.*

*De otra parte, no puede pasarse por alto que, legítimamente, un congresista podría beneficiarse de una ley en cuya discusión y aprobación intervino, siempre y cuando dicho beneficio resulte de la aplicación de la ley, en condiciones de igualdad, frente a la generalidad*

18 Ver Concepto No. 1572 del 28 de abril de 2004, punto 3. “Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas”.

19 En este mismo sentido la Sala Plena de la Corporación se pronunció recientemente en la sentencia Radicación Número 11001-03-15-000-2010-01325-00(PI) del 12 de abril de 2011, mediante la cual se conoció una demanda de pérdida de investidura: *“Se advierte que ‘... la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflictos de intereses tiene ocurrencia cuando en la persona de un congresista exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él a sus familiares o socios, un beneficio de carácter real.’ (Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2008. C. P.: Martha Sofía Sanz. Exp. PI-02262) Y que los requisitos para que acontezca son: que concorra un interés particular, que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido. Así, debe existir provecho, beneficio o utilidad real o potencial a favor del congresista o de sus allegados, de tal suerte que sus derechos subjetivos se involucren en el tema que debe decidirse, al punto que surge como inspirador de la determinación norma. De allí que, el interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. // Recuérdese también que, según se estableció del artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, para la aplicación del régimen sobre conflicto de interés de los congresistas deben concurrir varios elementos: i) un interés, ii) que sea directo y iii) que afecte de alguna manera al congresista o a las personas que esta norma determina. Y se ha definido el interés como “el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto” (Sentencia de 17 de octubre de 2000, antes citada). Además el interés debe ser directo, “debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse, (...), sin intermediación alguna” (Sentencia de Sala Plena de 19 de julio de 1991, Exp. AC-1433, C. P.: Diego Younes Moreno)”.*

de la sociedad, o a aquellos sectores sociales a los cuales, de manera general y abstracta, se dirige la ley. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al denegar recientemente la pérdida de investidura de un representante a la Cámara, afirmó que el conflicto de intereses únicamente se configura ante ‘la existencia, cierta y demostrada, de los beneficios económicos o de cualquier otra índole, que de las deliberaciones, votaciones y aprobación de un determinado proyecto o decisión se derivan para el congresista, sus familiares o sus socios, en los grados predeterminados’, siendo además necesario ‘que el beneficio que se persiga u obtenga con el proyecto o decisión no pueda ser catalogado como general, sino particular’”.

### 3.2. El proyecto de ley n.º 196 de 2011 Cámara “Por el cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”

El proyecto de ley de la referencia pretende regular de manera general el proceso judicial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del proyecto que define el objeto del Código, en los siguientes términos:

*“Artículo 1º. Objeto del Código. Este Código regula la actividad de los jueces en los procesos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad no regulados especialmente en otras leyes”.*

Advierte la Sala que el trámite legislativo que se está adelantando para expedir un Código General del Proceso, se extiende, de un lado, a todos los jueces y de otro, a la generalidad de la población que en ejercicio del derecho de acceso a la justicia necesita de reglas claras para ello. En este sentido el artículo 2º del proyecto señala:

*“Artículo 2º. Acceso a la justicia. Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable”.*

Con claridad se advierte que el proyecto de ley pretende ser general, agrupar en una sola codificación la totalidad de procedimientos y reglas necesarios para el ejercicio de la actividad judicial. Es tan omnicompreensivo que cualquier persona puede ser sujeto de aplicación de dichas normas en tanto sea parte de un proceso judicial de naturaleza civil, comercial, de familia y agraria, o según el caso, ante cualquier jurisdicción.

Es tan general el proyecto de ley que los artículos sobre vigencias y derogaciones establecen precisamente la derogación integral del Código de Procedimiento Civil<sup>20</sup> y de las diferentes normas que regulan procedimientos judiciales y crea a su vez una norma de transición para que “en los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación” y para que las demandas presentadas antes de la vigencia

20 El Código Civil, expedido por el Presidente de la República mediante los Decretos 1400 y 2019 de 1970, ha sido modificado por los Decretos 2279, 2282 y 2737 de 1989, 2651 de 1991 y 890 de 2003; por las leyes 25 de 1992, 258 y 294 de 1996, 388 de 1997, 446 y 455 de 1998, 640 de 2001, 572, 575 y 592 de 2000, 721 de 2001, 794, 820, 854 y 861 de 2003, 962, 979 y 986 de 2005, 1098 de 2006, 1194 de 2008, 1285 y 1306 de 2009, 1380, 1394 y 1395 de 2010.

del nuevo Código General conozca el juez a quien corresponda según la ley vigente al momento de su presentación.<sup>21</sup>

La conclusión salta a la vista, los congresistas que participen en el trámite de la ley no están impedidos para hacerlo por el hecho de que ellos o su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o sus socios de derecho o de hecho que actualmente sean sujetos procesales. Lo anterior, en consideración a la generalidad del proyecto que se tramita puesto que todas las personas sin excepción podrían ser sujetos de su aplicación.

En efecto, no podría darse un conflicto de intereses pues el Código General del Proceso no va a ser de aplicación exclusiva de los congresistas, ni en su contenido existen normas que los privilegien frente a la sociedad en general, no se advierte una contraposición de intereses, ni se evidencia una situación real o actual de índole moral o económica que pueda beneficiarlos o perjudicarlos con exclusividad, por lo cual desaparece la existencia de un posible beneficio particular.

La conclusión anterior se fortalece al revisar la exposición de motivos, en la cual se advierte además que el trámite de este Código obedece al mandato contenido en la ley 1285 de 2009 que reformó la ley 270 de 1996, para adecuar los procedimientos a los principios contenidos en la Constitución de 1991. Allí se lee:

*“(…)El Código de Procedimiento Civil, que al igual es un código general, por aplicarse a los procesos civiles, de familia, agrarios, comerciales y a todos los otros estatutos procesales en temas no reglados o reglados de manera insuficiente en virtud de la residualidad, fue expedido en el año de 1970 por lo que se hace necesario adecuar las normas del derecho procesal a las disposiciones constitucionales de 1991 y a las innumerables decisiones judiciales, fundamentalmente las proferidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional con el fin de poder contar con una legislación que eleve a rango legal dicha jurisprudencia o se hagan los ajustes que la misma advierte o se llenen los vacíos que la misma pretende suplir. De la misma manera, este estatuto procesal debe garantizar la primacía y protección de los derechos constitucionales fundamentales, así como reconocer la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y la diversidad cultural y étnica. Este Código regula unos procesos que permiten tutelar en forma eficiente los derechos subjetivos de los individuos, pero tiene en gran valía el impacto que las decisiones van a tener sobre la comunidad. Regula las materias civil, comercial, de familia, agrario, ya sea ante jueces o ante autoridades administrativas y es referente para los procesos laborales, administrativos y de cualquier otra naturaleza. En esa medida es un Código General del Proceso. (...)*

Así las cosas, se hace necesario, hacer un trabajo de integración normativo, en un Código coherente y sistematizado como el que se presenta a consideración del honorable Congreso de la República, que en gran medida recoge las normas ya referidas y expedidas en los últimos años. (...) En suma, este nuevo Código de Procedimiento, que recoge el trabajo de tantos y durante tantos años, sin duda alguna se convertirá en el instrumento idóneo para la

21 Ver Gaceta del Congreso No. 119 del 29 de marzo de 2011.

materialización de los derechos de los asociados y permitirá que el proceso sea un verdadero instrumento de paz social”.

En estas condiciones, se reitera, los congresistas que están tramitando el proyecto de Código General del Proceso y que actualmente ellos o su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o sus socios de derecho o de hecho que actualmente sea sujeto procesal de un asunto al cual se le aplicarían las disposiciones del Código General del Proceso no se encuentran ante un conflicto de intereses y por lo mismo no deben declararse impedidos.

Ahora bien, podría llegar a suceder que un determinado artículo del proyecto, cambiara radicalmente la situación de un proceso judicial en el que tenga interés un determinado congresista, caso en el cual él deberá ponerlo de presente a la respectiva corporación en los términos del artículo 182 de la ley 5 de 1992, para que lo defina *“la corporación a que pertenece, pues solo sus iguales están en condiciones de decidir, según las máximas derivadas de la experiencia, si esa situación particular puede afectar o no el ejercicio de la función de interés general”*<sup>22</sup> según lo explicara esta Sala en la doctrina que reitera.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones,

#### LA SALA RESPONDE:

Los congresistas que participen en la deliberación y votación del Proyecto de Ley n.º 196 de 2011- Cámara “Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” no están incurso en conflicto de intereses, razón por la cual no deben declararse impedidos. No obstante si determinado artículo cambiara sustancialmente la situación de un proceso judicial en curso, en el que el congresista o algún miembro de su núcleo familiar hicieren parte, deberá informarlo a la respectiva corporación en los términos del artículo 182 de la ley 5ª de 1992.

Transcribese al señor Ministro de Justicia y del Derecho. 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.

22 Sentencia del 3 de septiembre de 2002. Radicado 11001-03-15-000-2002-0447-01(PI-044). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Roberto Medina López. *“De tales disposiciones constitucionales y legales se infiere que el conflicto de intereses ocurre cuando el congresista sea alcanzado por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar sin prevención alguna, en forma objetiva e independiente, por el peso de la conveniencia o el beneficio personal o de los familiares en los grados indicados o de los socios; y que corresponde a la respectiva Cámara decidir, en cada caso particular, sobre ese interés directo y privado en el asunto, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial..”*

## 2. Representantes a la Cámara. Inasistencia injustificada a sesiones. No causación de salarios y prestaciones por mandato legal. Procedimiento. Ley 5ª de 1992, artículo 271.

### Radicado 2090 y 2094

Fecha: 14/06/2012

Consejero Ponente: *Enrique José Arboleda Perdomo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 21 de junio de 2016

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y el señor Ministro del Interior, atendiendo una solicitud de la Secretaría General de la Cámara de Representantes, preguntan a la Sala sobre el procedimiento para dejar de pagar a los Representantes a la Cámara la remuneración correspondiente a las sesiones a las cuales falten sin causa justificada. Las dos consultas comparten el tema, sus soportes y las preguntas. En consecuencia, la Sala dispuso acumularlas para su trámite y respuesta.

### I. Antecedentes

Las consultas citan las siguientes normas y jurisprudencia:

La Constitución Política en el artículo 123 incluye en la categoría de servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas; y en el artículo 124 difiere a la ley la regulación de la responsabilidad de los servidores públicos y la forma de hacerla efectiva. El artículo 271 del Reglamento del Congreso de la República expedido por la ley 5ª de 1992, ordena:

*“Inasistencia. La falta de asistencia de los Congresistas a las sesiones, sin excusa válida, no causará los salarios y prestaciones correspondientes. Ello, sin perjuicio de la pérdida de investidura cuando hubiere lugar”.*

El artículo 34, numeral 11, de la ley 734 de 2002 establece como uno de los deberes de los servidores públicos, el de *“dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales”.*

En el concepto 1393 del 2002<sup>1</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se refirió a los factores salariales de los servidores públicos nacionales y distritales y con base en la ley 4ª de 1992, el artículo 127 del código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990, y el artículo 42 del decreto ley 1042 de 1978, precisó los conceptos de salario, sueldo, asignación básica, factores de salario y prestaciones sociales.

La Corte Constitucional en la sentencia T-1059-01 se refirió al pago del salario por la prestación real y efectiva del servicio y, con fundamento en el decreto 1647 de 1967, encontró legítima la decisión del empleador de no pagar el tiempo en el que la actora dejó de acudir a su lugar de trabajo sin justificación legal.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Rad. 1393 Actor: Ministro del Interior. Ref. Distrito Capital. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Con base en los enunciados normativos y jurisprudenciales se formulan a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**<sup>2</sup>:

*“1. ¿Cuál debe ser el procedimiento a seguir a fin de efectuar los descuentos de nómina a los Representantes a la Cámara por inasistencia injustificada a las sesiones?”*

*“2. ¿Qué alcance tiene la expresión contenida en el artículo 271 de la ley 5ª de 1992 que expresa: ‘... no causará los salarios y prestaciones correspondientes...’, es decir, en qué se afectan los salarios y en qué se afectan las prestaciones?”*

*“3. ¿Cuál es la fórmula que se debe aplicar para realizar los citados descuentos?”*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

Las consultas coinciden en el uso de la expresión “descuento por nómina” para referirse al hecho de que la ausencia injustificada de los Congresistas a las sesiones tiene como consecuencia, por mandato legal, que los respectivos salarios y prestaciones no se causen.

Como se explicará a continuación, la no causación del salario por inasistencia al trabajo sin justificación legal y los llamados “descuentos por nómina” que legalmente corresponden a las “deducciones y retenciones” que pueden hacerse sobre el salario, son situaciones jurídicas y fácticas distintas, que en el sector público tienen, cada una, su propio régimen legal e interpretaciones jurisprudenciales uniformes.

Acudiendo a la normatividad vigente y a su interpretación jurisprudencial, la Sala mostrará las diferencias entre las dos situaciones mencionadas y luego, en el marco de la ley 5ª de 1992, se centrará en la inasistencia injustificada a las sesiones por parte de los congresistas, como causa de no pago de sus salarios y prestaciones y en la manera de hacer efectivo el artículo 271 de la misma ley 5ª.

#### **A. No causación y no pago de los salarios y prestaciones por inasistencia injustificada al trabajo.**

Sin consideración al régimen jurídico aplicable por razón de la naturaleza de las partes o del objeto contratado, las relaciones laborales son relaciones bilaterales en el sentido de que las partes asumen prestaciones mutuas, pues cuando una persona natural se obliga a prestar sus servicios personales a otra persona, natural o jurídica, lo hace porque esta persona, que es su empleador o contratante, se obliga a reconocerle y pagarle una remuneración por esos servicios personales.

En este tipo de relaciones bilaterales, ambas partes entienden que cada una debe cumplir sus obligaciones para que a su vez la otra cumpla las que correlativamente adquirió; y en ese entendido las partes también aceptan que el incumplimiento injustificado de las obligaciones de una de ellas exonera a la otra de cumplir con las suyas<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Las preguntas 1 y 3 son iguales en las dos consultas recibidas. La pregunta 2 corresponde a la consulta del Ministerio del Interior.

<sup>3</sup> Código Civil, artículo 1609: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.



En el ámbito público, salvo justificación prevista en la ley, la prestación del servicio personal al que está obligado quien toma posesión de un empleo público es la causa del reconocimiento y el pago de los salarios y las prestaciones a que da derecho el empleo de que se trate, conforme a la normatividad aplicable en la materia. Vale decir que si el servicio personal no se presta la consecuencia obvia, inmediata, directa, es que la remuneración no se causa.

La lógica implícita en las relaciones laborales, en términos de la relación trabajo-remuneración, se ha hecho explícita en las relaciones laborales con el Estado a través de decretos expedidos por el gobierno nacional desde 1904, que resultan necesarios dado que en la Constitución de 1886 y en la de 1991 la responsabilidad en el sector público se estructura en torno a la omisión y a la extralimitación en el ejercicio de las funciones, es decir, al desconocimiento de mandatos expresos.<sup>4</sup> Aunque todos ellos han usado el vocablo “descuento”, su contenido es claro en cuanto a ordenar que el pago de la remuneración solo opera por servicios prestados que deben certificarse por funcionario competente, de manera que no prestándose el servicio y no obrando justificación legal, opera *ipso jure* la no causación de los emolumentos respectivos.

La diferencia entre la no causación y el descuento, así como la historia y el alcance de los decretos expedidos por el gobierno nacional fueron analizados por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto emitido el 21 de junio de 1989, radicación 281<sup>5</sup>, en los siguientes términos:

*“Desde la expedición del Decreto 1036 de 1904, el reconocimiento de sueldos a todo funcionario o empleado público requiere la comprobación de los servicios rendidos, mediante nómina en que el jefe de la respectiva oficina o corporación certifique la asistencia del funcionario o empleado al cumplimiento de sus deberes durante el tiempo a que se extiende el reconocimiento.*

*“Y por Decreto 186 de 1925 se estableció la forma de pago a los empleados, por décadas, quincenas o meses vencidos, reiterando el requisito de la comprobación de los servicios en la forma establecida por la Contraloría. El mismo requisito vino a exigirlo luego, el Decreto 1647 de 1967 en cuanto reafirmó que pago por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración, procede solo por servicios rendidos y certificados debidamente, e impuso a quienes deben certificarlos la obligación de ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal, o la de reintegrar los sueldos o remuneraciones que no correspondan a servicios rendidos, sin perjuicio de la sanción penal por falsedad.*

“No se trata, con la aplicación del Decreto 1647 de 1967 de establecer una responsabilidad del empleado o funcionario mediante un procedimiento disciplinario, sino de acordar de plano el descuento del día no trabajado, cuando aquel no justifica su ausencia, como resultado obvio del principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no

4 Constitución Política, artículo 6o. “Los particulares solo 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”.

5 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, junio 21 de 1989, C. P. Hernán Cardoso Durán, Radicación número 281. Publicación autorizada por el Ministerio de Educación Nacional, Oficio 810 de julio 6 de 1989.

presta el servicio, no puede reclamarlo cuando no ha trabajado. Y tal pérdida se produce ipso jure, con efectividad inmediata, de modo que el descuento del sueldo corresponde al descargo de la obligación de pagarlo, cuando la prestación del servicio injustificadamente se omite. Es la técnica de ejecutoriedad inmediata operante en el sentido de que solo se paga el servicio rendido, porque quien no lo presta no tiene derecho a remuneración. Y ante el incumplimiento de una obligación, la administración queda relevada de satisfacer la suya, o sea reconocer el derecho correlativo al sueldo solo a quien cumpla su jornada de trabajo. No corresponde, pues, al carácter de pena o sanción la operación de descuento de sueldo, cuando este no retribuya servicios; corresponde si acaso de una forma de coacción subsidiaria para que el empleado no incumpla su jornada laboral o para que siempre justifique su ausencia y pueda exigir la retribución plena, como si hubiera prestado el servicio. (...)”

Siguiendo el citado concepto de 1989, cabe destacar los siguientes aspectos:

La consagración expresa, desde 1904, de la regla aplicable a las relaciones laborales con el Estado en materia de remuneración y su causa directa que no es otra que la prestación y certificación del servicio personal.

La inexistencia del derecho al pago y por consiguiente la carencia de título para reclamarlo, cuando no media justificación legal en la no prestación del servicio personal.

El no pago carece de connotación sancionatoria *per se*: “no se trata... de establecer una responsabilidad del empleado o funcionario mediante un procedimiento disciplinario...”

El descuento de los días no trabajados, entendido como “el descargo de la obligación de pagar”, porque “ante el incumplimiento de una obligación, la administración queda relevada de cumplir la suya, o sea reconocer el derecho correlativo al sueldo solo a quien cumpla su jornada de trabajo...”

Esta última interpretación es muy importante por cuanto el concepto de “descuento” relacionado con la nómina, como se verá, responde a unos hechos diferentes, y así lo reitera la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, y la de la Corte Constitucional, con posterioridad al concepto 281 de 1989. En efecto, el decreto 1647 de 1967 fue demandado por considerar que había sido derogado por el decreto ley 3135 de 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1969, que en sus artículos 12 y 93 regulan los descuentos y retenciones sobre el salario que pueden practicarse a través de la nómina o de sanciones económicas previo proceso disciplinario.

La Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en la sentencia del 15 de abril del 2004<sup>6</sup> negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes apartes de la sentencia de 22 de agosto de 2002<sup>7</sup>, de la misma Sección:

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, C. P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 15 de abril de 2004, radicación No. 11001-03-25-000-2001-0129-01 (2093-01)

7 La sentencia del 22 de agosto de 2002, C. P. Jesús María Lemus Bustamante, radicación No. 11001-03-25-000-2001-00014-01, negó la nulidad del decreto 1647 de 1967.

*“Del cotejo de las disposiciones reseñadas concluye la Sala que el Decreto 3135 de 1968 se refiere a los eventos en los que la ley permite descuentos y retenciones del sueldo de los servidores públicos, y el artículo 1º del Decreto 1647 de 1967 se limita a señalar que el pago por sueldos se hará por servicios rendidos. En otras palabras sin la prestación del servicio no hay lugar al pago de sueldo.*

*“Las normas transcritas indudablemente se refieren a temas diferentes: la primera trata de descuentos y deducciones y la segunda de pagos. En estas condiciones no se tipifica la derogatoria acusada ya que la norma posterior no trata el tema de la norma anterior, como lo exige la derogatoria tácita según las voces del artículo 2º de la Ley 153 de 1887, conforme a la cual la derogatoria procede solo en el evento de que la norma posterior sea contraria a la normatividad que regulaba la misma materia.*

*“(…)*

*“Este procedimiento<sup>8</sup> no viola la preceptiva de que trata el artículo 29 de la Carta Política y en ningún caso puede constituir una sanción pues si no se presta el servicio es apenas lógico que no haya lugar a su pago. El descuento por los días no laborados debe hacerse conforme a la ley y el decreto 1647 de 1967 no señala un procedimiento disciplinario previo pero sí ordena su aplicación inmediata”.*

Más adelante, con fundamento en el decreto 1647 de 1967, el gobierno nacional expidió el decreto 1844 del 2007 para ordenar el no pago de los días no laborados por los servidores públicos del sector de Educación que habían participado en un cese de actividades realizado a nivel nacional. Este decreto 1844 también fue demandado y la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en la sentencia del 11 de marzo del 2010<sup>9</sup> negó la nulidad impetrada, con base en las sentencias del 22 de agosto de 2002 y del 21 de marzo del mismo año<sup>10</sup> porque:

*“... En el derecho al salario existen dos situaciones diferentes que se deben distinguir para entender la complementariedad de las normas citadas por el censor. Una es la causación del derecho y otra es el pago. En efecto, el Decreto 1647 de 1967 consagra el principio natural y elemental de causación del derecho al salario, según el cual por ser este la contraprestación al servicio del trabajador o el empleado, solo se causa cuando dicho servicio se ha realizado efectivamente. Una vez causado el salario, es obligación del empleador realizar el pago completo del mismo y solo se permite al empleador retener, compensar o deducir sumas del salario a pagar en las condiciones que el Decreto 3135 de 1968 y las normas posteriores que han reglamentado dicho precepto legal establecen. Solo puede tratarse en las normas de deducción, retención, compensación o embargo de los salarios que se han causado. Así las cosas, considera la Sala que las normas acusadas son complementarias y no excluyentes, tienen plena vigencia y en consecuencia no le asiste al*

8 La sentencia se refiere al enunciado en los artículos 2º y 3º del decreto 1647 de 1967.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de marzo 11 de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. No. 11001-03-25-000-2008-00021-00(0549-08). El mismo decreto 1844 había sido objeto de demanda de nulidad parcial, que fue resuelta negando las pretensiones, mediante sentencia del 18 de junio del 2009, de la Sala Plena de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. No. 11001-03-25-000-2007-00059-00(1236-07).

10 La sentencia del 21 de marzo del 2001 negó la nulidad de la Circular 71 y del Oficio 0024, del 14 y el 21 de octubre de 1999 respectivamente, del Ministerio de Educación Nacional, que se refirieron a la aplicación del decreto 1647 de 1967 para el no pago del salario en caso de huelga.

*demandante razón al considerar invalidez del acto administrativo por una falsa motivación por error de derecho...”<sup>11</sup>*

Destaca la Sala que en las providencias reseñadas se hace énfasis en las diferencias entre la causación del salario y su pago, respecto del cual pueden aplicar descuentos y deducciones legalmente autorizados. Es decir, cuando no se presta el servicio personal no se causa el derecho a su remuneración, pero prestado el servicio se causa el salario y los demás emolumentos inherentes a este; sobre estas sumas a pagar operan los descuentos o deducciones y retenciones legalmente previstos.

Por último, “en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992”, el gobierno nacional expidió el decreto 1737 de 2009<sup>12</sup>, que no derogó expresamente el decreto 1647 de 1967 pero sí lo adecuó a la realidad institucional nacional, territorial y de los órganos de control derivada de la Constitución de 1991; reiteró el mismo criterio de prestación efectiva del servicio para la causación del pago y precisó el trámite para su operatividad.<sup>13</sup>

En sede de tutela, la Corte Constitucional ha proferido sus decisiones con base en los mismos argumentos asumidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como ocurre en la sentencia T-1059-01, citada en la consulta del señor Ministro del Interior.

En síntesis, las normas y la jurisprudencia coinciden en hacer explícita la relación causal entre el servicio personal y los emolumentos que lo remuneran, que se expresa en la ausencia de derechos y obligaciones relativos al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones correspondientes al tiempo no trabajado, y se diferencia sustancialmente de los conceptos de sanción, descuento o deducción y retención.

Como se indicó atrás, esta Sala desde el concepto 281 del 1989 estableció que en el decreto 1647 de 1979 no se estaba consagrando una sanción, pues su aplicación no era para “establecer una responsabilidad del empleado o funcionario mediante un procedimiento disciplinario...”. Agrega ahora la Sala que el no pago de salarios por inasistencia injustificada al trabajo tampoco ha sido tipificado como sanción en el régimen disciplinario.<sup>14</sup>

11 En el mismo sentido las sentencias de 25 de marzo de 2004, radicación No. 492-01, número único 11001-03-25-000-2001-00029>00; 10 de febrero de 2000, expediente No. 5410, ponencia de la Doctora Olga Inés Navarrete Barrero; concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 21 de junio de 1989, radicado bajo el No. 281; Corte Constitucional, Sentencia T-1059/01 de 5 de octubre de 2001, con ponencia del Magistrado doctor Jaime Araújo Rentería.

12 Decreto 1737 de 2009 (mayo 15) “Por medio del cual se regulan aspectos del pago de la remuneración de los servidores públicos”. **Artículo 1°.** *El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades. / Artículo 2°. El jefe inmediato deberá reportar al jefe de personal, o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002. / El servidor público que no concorra a laborar, dentro de los dos días hábiles siguientes deberá informar a la dependencia de talento humano o a la que haga sus veces, los motivos que ocasionaron su ausencia. Cuando los motivos no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no se justifique la inasistencia, el funcionario responsable de ordenar el gasto deberá descontar el día o los días no laborados. / El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normatividad vigente.*

13 El decreto 1647 de 1967, expedido con “el fin de que los pagos a los servidores del estado correspondan siempre al servicio rendido”, disponía: “**Artículo 1°.** Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intencional, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal. / **Artículo 2°.** Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal. / **Artículo 3°.** Los funcionarios que certifiquen como rendidos servicios que no lo fueron; además de las sanciones penales por falsedad en que puedan incurrir, estarán obligados al reintegro de los sueldos o remuneraciones indebidamente pagados.

14 Cfr. Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Único Disciplinario”, artículos 44 y 45; y ley 200 de 1995, “por la cual se adopta el Código Único Disciplinario”, artículos 29 y 30.

En cuanto a los conceptos de “descuento” o “deducción y retención” que pueden afectar los pagos salariales, están expresamente regulados en la ley, como se explica a continuación.

## B. LOS “DESCUENTOS POR NÓMINA”

Las “deducciones y retenciones” que pueden aplicarse a la nómina y que en las normas y en la práctica administrativa se identifican como “descuentos”, están regulados en la ley como una protección especial al salario, que parte del supuesto de que el servicio personal ha sido prestado y por consiguiente se ha causado su pago.

En virtud de esas figuras jurídicas, el pago es cumplido por el empleador entregando una parte de su monto al empleado y otra parte a los terceros determinados por mandato de la ley, por mandato judicial o por autorización expresa y escrita del mismo empleado. **Para los servidores públicos conserva vigencia el artículo 12 del decreto ley 3135 de 1968<sup>15</sup>, conforme al cual:**

*Artículo 12º.- “Deducciones y retenciones. Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.*

*“No se puede cumplir la deducción ordenada por el empleado o trabajador cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.*

*“Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias de que trata el artículo 411 del Código Civil, y de las demás obligaciones que para la protección de la mujer o de los hijos establece la ley. En los demás casos, solo es embargable la quinta parte del exceso del respectivo salario mínimo legal”*

Así pues, son tres las razones por las que las deducciones y retenciones pueden darse y cada una de ellas tiene límites expresos en la misma norma:

- a) El mandato judicial, circunscrito a la medida cautelar del embargo y, a la vez limitado al 50% del salario cuando son obligaciones de familia, o a la quinta parte del salario mínimo legal en los demás casos;
- b) El mandato legal, ceñido a las cuotas sindicales, las de previsión social, las de cooperativas y las sanciones disciplinarias; y
- c) La autorización escrita del trabajador, limitada también al salario mínimo legal y a la parte inembargable del salario.

Bajo los títulos “protección del salario”, “descuentos prohibidos”, “deducciones permitidas”, los artículos 93 a 96 del decreto 1848 de 1969 agregan algunas precisiones necesarias a los pagadores para la aplicación práctica de las deducciones, retenciones y medidas de embargo, que pueden o deben practicarse con cargo a la nómina.

<sup>15</sup> Decreto ley 3135 de 1968 (diciembre 26) “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

En síntesis, estas deducciones y retenciones son pagos a terceros con cargo al salario causado y reconocido para su pago por los servicios prestados por el trabajador.

El tema consultado es ajeno a estas hipótesis, porque trata de remuneraciones laborales no causadas.

### C. La no causación de salarios y prestaciones en el régimen de los congresistas

La consulta se concreta al artículo 271 de la ley 5ª de 1992 para establecer su alcance y su forma de aplicación. Su texto es como sigue:

*“Inasistencia. La falta de asistencia de los Congresistas a las sesiones, sin excusa válida, no causará los salarios y prestaciones correspondientes. Ello, sin perjuicio de la pérdida de investidura cuando hubiere lugar”.*

Advierte la Sala que este texto legal no genera dificultad en los términos con los cuales describe la hipótesis fáctica y la consecuencia jurídica que conforman su contenido, de manera que aunque la expone en forma negativa, hace evidente la relación causal entre uno de los deberes de los congresistas que es la asistencia a las sesiones, y el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones a los que le da derecho el cumplimiento de ese deber.

En consecuencia, en ella no se consagra sanción alguna y tampoco se hace referencia a los descuentos por concepto de deducciones y retenciones. Entonces, debe operar de pleno derecho, *ipso jure*, tal como lo ha explicado la jurisprudencia antes citada sobre el decreto 1647 de 1967, puesto que este decreto y el transcrito artículo 271 de la ley 5ª de 1992 regulan las mismas situaciones fáctica y jurídica.

En la práctica, la operatividad de la norma debe partir de la regulación de la asistencia a las sesiones, de los motivos que justifiquen la inasistencia, de los medios probatorios de unas y otros y de las competencias previstas en la ley; y con base en todo ello, es jurídicamente viable sustentar las medidas administrativas complementarias que permitan que al elaborar la nómina se excluyan las sumas que correspondan a las inasistencias injustificadas u obtener la devolución de las sumas que en un tiempo determinado pudieron haberse pagado sin estar causadas, esto es, configurando un pago de lo no debido por concepto de salarios y prestaciones.

Los fundamentos que se mencionan están en la ley 5ª de 1992, por la cual se expidió el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes, para regular la función legislativa en cuanto a su institucionalidad y ejercicio, así como los derechos, deberes, situaciones administrativas y otras disposiciones relativas a los Congresistas y al modo de ejercer la función pública que han asumido.

El artículo 264 de la ley 5ª en cita consagra los derechos de los Congresistas, de los cuales interesan:

*“1. Asistir con voz y voto a las sesiones de la respectiva Cámara y sus Comisiones de las que forman parte, y con voz a las demás Comisiones.*

*“2. Formar parte de una Comisión Permanente.*

*“... ”*

*“4. Recibir una asignación mensual que se reajustará cada año en proporción igual al promedio ponderado de los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la administración central, según certificación que para el efecto expida el Contralor General de la República.*

*“El Congreso fijará el régimen salarial y prestacional de los miembros del Congreso Nacional, por iniciativa del Gobierno.*

*“... ”*

El artículo 268 de la misma ley 5ª, relaciona los deberes:

*“1. Asistir a las sesiones del Congreso pleno, las Cámaras legislativas y las Comisiones de las cuales formen parte.*

*“... ”*

Hace notar la Sala que, con relación a las sesiones, el derecho es a tener voz y voto en las de la respectiva Cámara y Comisión a la que pertenezca el Congresista, mientras que el deber es el de asistir a todas las sesiones.

Teniendo como referentes el deber y los derechos mencionados, la revisión de la ley 5ª en materia de asistencia a las sesiones, su comprobación, las excusas y sus trámites, permite destacar los siguientes elementos:

- a) Las actas. De todas las sesiones del Congreso en pleno, de cada una de las Cámaras y de las Comisiones se levantan actas que incluyen el llamado a lista, la relación de los asistentes y de los ausentes, “y las razones de excusa invocadas, con su transcripción textual”.<sup>16</sup>

Valga señalar que si en el acta de la sesión correspondiente debe transcribirse la excusa, es claro que esta debe ser presentada con antelación o de manera concomitante con la sesión, pues solo así puede ser transcrita en dicha acta.

- b) Las excusas por inasistencia. La ley 5ª, en el artículo 90 relaciona como “excusas aceptables”, el caso fortuito, y la fuerza mayor, la incapacidad física debidamente comprobada, el cumplimiento de una comisión oficial fuera de la sede del Congreso y la autorización expresa de la Mesa Directiva o el Presidente de la respectiva Corporación, en los casos que el reglamento indica.

<sup>16</sup> Ley 5/92, artículo 89. Llamada a lista. Llegada la hora para la cual ha sido convocada la sesión, cada uno de los Presidentes de las Corporaciones ordenarán llamar a lista para verificar el quórum constitucional. En el acta respectiva se harán constar los nombres de los asistentes y ausentes a la sesión, y las razones de excusa invocadas, con su transcripción textual. Su desconocimiento por el Secretario es causal que puede calificarse de mala conducta.

Para el llamado a lista podrá emplearse por el Secretario cualquier procedimiento o sistema técnico que apruebe o determine la Corporación.

- c) El trámite de las excusas. El párrafo del mencionado artículo 90 de la ley 5ª, prevé: *“Las excusas por inasistencia serán enviadas a la Comisión de acreditación documental de la respectiva Cámara, en los términos dispuestos por el artículo 60 de este Reglamento. Su dictamen será presentado a la Mesa Directiva la cual adoptará la decisión final, de conformidad con la Constitución y la ley”.*

El término al que se refiere el párrafo transcrito es de cinco días siguientes a la presentación de la excusa.<sup>17</sup> Pero no existe disposición en el reglamento que establezca el plazo dentro del cual la Mesa Directiva deba emitir el concepto que le compete.

Hasta aquí, entonces, la ley 5ª permite contar con el acta de la respectiva sesión como el documento que verifica la inasistencia y el acto administrativo de la Mesa Directiva que califica la pertinencia de la excusa.

Estos dos elementos constituyen las pruebas necesarias y suficientes de la asistencia, la inasistencia justificada y la inasistencia sin justificación legal, de los Congresistas, a las sesiones a las que tienen el deber de asistir.

Como el mandato del artículo 271 de la ley 5ª de 1992 opera de pleno derecho, su efectividad requiere establecer un sistema de comunicación entre la Secretaría General, la Comisión de Acreditación Documental, la Mesa Directiva y las áreas administrativas responsables de la elaboración de la nómina y de su pago, para que una vez probada la inasistencia injustificada, se excluyan del valor mensual a pagar las sumas que correspondan a las respectivas sesiones o se obtenga la devolución de lo pagado por ellas, si así ocurrió.

Estima la Sala que la norma interna que regule las comunicaciones entre las distintas áreas involucradas es de competencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, con base en los numerales 1 y 4 del artículo 41 de la ley 5ª de 1992, modificado por el artículo 7º de la ley 974 de 2005:

*“Artículo 41. ATRIBUCIONES. Como órgano de orientación y dirección de la Cámara respectiva, cada Mesa Directiva cumplirá las siguientes funciones:*

*“Numeral 1. Adoptar las decisiones y medidas necesarias y procedentes para una mejor organización interna, en orden a una eficiente labor legislativa y administrativa;*

*“... ”*

*“Numeral 4. Expedir las normas complementarias de funcionamiento de la Secretaría General y las Secretarías de las Comisiones”.*

<sup>17</sup> Ley 5ª/92, “Comisión de acreditación documental”, Art. 60: “INTEGRACIÓN Y FUNCIONES. Previa a la sesión inaugural de las Cámaras Legislativas, la autoridad electoral enviará a cada una de ellas la lista de los Congresistas electos, quienes deberán identificarse ante el Presidente de la Junta Preparatoria. Con posterioridad se hará ante el Presidente de la correspondiente Cámara. / En cada una de las Cámaras se dispondrá la integración de la Comisión de Acreditación Documental a razón de cinco (5) miembros por cada corporación, y por el periodo constitucional. / Los documentos que acrediten las calidades exigidas de quienes aspiran a ocupar cargos de elección del Congreso o de las Cámaras Legislativas, serán revisados por la Comisión dentro de los cinco (5) días siguientes a su presentación. El informe respectivo será evaluado por la plenaria de la corporación, antes de proceder a la elección del caso”.



Concluye la Sala que la ley 5ª de 1992 expresamente contiene todos los elementos que permiten sustentar y probar cuándo la inasistencia a las sesiones por parte de un Congresista es injustificada.

Por lo mismo, hacer efectivo el mandato del artículo 276 requiere una norma interna que sencillamente articule las actuaciones de las dependencias que por razón de sus funciones expiden los documentos probatorios de la inasistencia injustificada, certifican los servicios, elaboran la nómina y ordenan el reconocimiento y el pago, tanto de las remuneraciones mensuales como de los pagos por concepto de las prestaciones sociales en las respectivas oportunidades legales.

A ello ha de agregarse que, con fundamento en el régimen de los salarios y prestaciones sociales de los Congresistas, en cada caso deberá establecerse el valor que por razón de la mencionada inasistencia debe restarse de las sumas a reconocer por concepto de salario, así como, respecto de cada prestación social, el monto en el cual se verá afectada la respectiva liquidación.

Con base en las premisas anteriores,

#### **LA SALA RESPONDE:**

*“1. ¿Cuál debe ser el procedimiento a seguir a fin de efectuar los descuentos de nómina a los Representantes a la Cámara por inasistencia injustificada a las sesiones?”*

Con la precisión de que la ausencia injustificada a las sesiones no causa salarios ni prestaciones, corresponde a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes adoptar las medidas administrativas internas que permitan excluir de las nóminas mensuales las sumas que no se pagan por no haberse causado en el mes correspondiente, o las que deben ser devueltas por haberse pagado sin causarse en el mes o meses anteriores.

*“2. ¿Qué alcance tiene la expresión contenida en el artículo 271 de la ley 5ª de 1992 que expresa: ‘... no causará los salarios y prestaciones correspondientes...’, es decir, en qué se afectan los salarios y en qué se afectan las prestaciones?”*

Cuando la ley dice que la inasistencia injustificada a las sesiones “no causará” salarios ni prestaciones sociales está señalando que la inasistencia así calificada no genera reconocimiento ni pago de los salarios que se devenguen por la respectiva sesión; y en cuanto a las prestaciones sociales, el valor de estas que deja de reconocerse debe ser el que proporcionalmente corresponda a los salarios no pagados, de acuerdo con el régimen salarial y prestacional que remunera la función de los Congresistas.

*“3. ¿Cuál es la fórmula que se debe aplicar para realizar los citados descuentos?”*

Más que de una fórmula, de lo que se trata es de establecer en cada caso, las sumas que por no haberse causado deben excluirse del reconocimiento y pago, con indicación precisa de los conceptos salariales y prestacionales afectados y su soporte documental.

Envíese al señor Ministro del Interior, a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

### 3. Refrendación de acuerdos de paz por el Congreso de la República.

#### Radicado 2323

Fecha: 28/11/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 29 de noviembre de 2016

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que el Congreso de la República refrende el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo.

#### I. Antecedentes

De acuerdo con el organismo consultante, el pasado 12 de noviembre de 2016, *“acatando el resultado obtenido en el plebiscito adelantado el 2 de octubre del mismo año, el Gobierno nacional alcanzó un nuevo Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera con las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia -Ejército del Pueblo-”*.

En este nuevo acuerdo, las partes acordaron su refrendación a través de alguno de los mecanismos de participación ciudadana previstos en el ordenamiento jurídico nacional o *“por corporaciones públicas elegidas mediante sufragio sobre cuyos miembros recaiga representación con mandato, tales como el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales”*.

Según el organismo consultante la refrendación del acuerdo de paz a través del Congreso de la República es una posibilidad que se deriva de los artículos 3 y 133 de la Constitución Política, según los cuales (i) los miembros de los cuerpos colegiados de elección popular directa representan al pueblo; y (ii) la soberanía puede ser ejercida de manera directa o a través de sus representantes.

Señala que la jurisprudencia ha reiterado que el Congreso de la República en tanto está conformado por la pluralidad y diversidad de las fuerzas políticas nacionales *“es el órgano de representación popular por excelencia y, en consecuencia, sus decisiones están permeadas de plena legitimidad política”*.

Con base en lo anterior, se formula la siguiente **PREGUNTA**:

*“¿Podría el Congreso de la República efectuar la refrendación sobre el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo?”*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

### 1. Contexto preliminar

Con el fin de contextualizar el interrogante planteado por el organismo consultante, delimitar el alcance de esta consulta y aclarar algunos aspectos que pueden resultar equívocos por el exceso de información existente alrededor del proceso de paz con las FARC, la Sala considera necesario recordar sumariamente su evolución y las normas expedidas para facilitar su realización.

#### *Antecedentes generales del Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016*

En relación con el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo el 24 de noviembre de 2016<sup>1</sup> (sobre el que recae la consulta), la Sala rescata los siguientes antecedentes:

(i) El 26 de agosto de 2012, los delegados del Gobierno de la República de Colombia (Gobierno nacional) y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), suscriben el Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, por el cual se da inicio, formalmente, a las negociaciones de paz entre las partes.

Según la última regla de funcionamiento de la mesa de diálogo, las partes acordaron que las conversaciones se darían bajo el principio de que *“nada está acordado hasta que todo esté acordado”*.

(ii) Mediante Resolución 339 del 19 de septiembre de 2012, el Presidente de la República *“autoriza la instalación y desarrollo de una mesa de diálogo, se designan delegados del Gobierno nacional y se dictan otras disposiciones”*, invocando para ese efecto las facultades que le confiere la Constitución Política y la Ley 418 de 1997<sup>2</sup>.

(iii) A lo largo del proceso de diálogo se produjeron más de 100 comunicados conjuntos, diversos informes y varios borradores de acuerdos parciales; finalmente, el 24 de agosto de 2016<sup>3</sup>, las partes suscriben un primer *“Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”*. En el punto 6 de este acuerdo final las partes establecieron sobre el mecanismo de refrendación lo siguiente:

*“6.6. Implementación, verificación y refrendación. El Gobierno de Colombia y las FARC-EP, para zanjar las diferencias surgidas hasta la fecha sobre el tema aludido, en desarrollo de la Agenda del Acuerdo General para la Terminación del Conflicto, hemos convenido acoger como*

1 Que fue adjuntado con la consulta y aparece publicado en [www.mesadeconversaciones.com.co](http://www.mesadeconversaciones.com.co).

2 De la Resolución 339 de 2012 se encuentra demandada ante la Corte Constitucional la palabra “acuerdo” (expediente D0011329, aún sin sentencia; ver información del proceso en: [www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas](http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas)). De otra parte, el ciudadano Tomás Javier Oñate pidió la revocatoria directa de la misma Resolución 339 de 2012, la cual fue negada mediante Resolución 108 de 2015. Esta última resolución fue demandada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de Estado, el cual, en Sentencia del 4 de agosto de 2016, negó las pretensiones de la demanda (expediente 2015-00377).

3 La Sala utiliza la fecha que aparece en el acuerdo publicado en la página oficial [www.mesadeconversaciones.com.co](http://www.mesadeconversaciones.com.co).

*fórmula de convergencia la decisión que profiera la Corte Constitucional sobre los alcances del Proyecto de Ley Estatutaria n.º 156 Cámara de 2015, 94 de 2015 Senado, en el espíritu hasta ahora anunciado y en esa medida aceptamos el mecanismo de participación popular que la Corte indique y en los términos que este alto tribunal señale”.*

(iv) El 24 de agosto de 2016 se expide la Ley Estatutaria 1806 de 2016, *por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Los artículos 1º y 3º de la ley, particularmente relevantes para esta consulta, establecen lo siguiente:

*“Artículo 1º. Plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. El Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, podrá someter a consideración del pueblo mediante plebiscito, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el cual estará sometido en su trámite y aprobación a las reglas especiales contenidas en la presente ley”.*

*Artículo 3º. Carácter y consecuencias de la decisión. La decisión aprobada a través del Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo”.* (Se subraya)

En la Sentencia C-379 de 2016, la Corte Constitucional había hecho el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1806 del 24 de agosto de 2016. De esa sentencia se destacan dos aspectos que son especialmente relevantes para contextualizar esta consulta:

- Declara exequible el título del proyecto de ley estatutaria y la expresión “refrendación” de los artículos 1, 2 y 3 de la ley, “*bajo el entendido de que el Acuerdo Final es una decisión política y la refrendación a la que alude el proyecto no implica la incorporación de un texto normativo al ordenamiento jurídico*”.
- Declara inexecutable el inciso segundo del artículo 3º del proyecto de ley revisado<sup>4</sup> y **EXEQUIBLE** el resto de la disposición, en el entendido de que el carácter vinculante del plebiscito se predica solo respecto del Presidente de la República.

(v) Con base en la referida Ley 1806 de 2016, el 2 de octubre de 2016 se somete a plebiscito el Acuerdo Final de Paz suscrito el 24 de agosto de 2016 (punto iii anterior), el cual tiene como resultado una votación mayoritaria por la *NO refrendación* de ese acuerdo<sup>5</sup>. Sobre el efecto de esta decisión negativa la Corte Constitucional había señalado lo siguiente en la misma Sentencia C-379 de 2016 (se transcribe en su integridad el aparte correspondiente):

*“114. Ahora bien, identificados los efectos del voto favorable, debe la Corte determinar cuáles son las consecuencias de una votación negativa, bien porque no se alcance el umbral*

<sup>4</sup> El inciso segundo declarado inexecutable decía: “En consecuencia, el Congreso, el Presidente de la República y los demás órganos, instituciones y funcionarios de Estado, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones que les correspondan para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas”.

<sup>5</sup> Ver resultados definitivos en [www.registraduria.gov.co](http://www.registraduria.gov.co)

aprobatorio previsto en el artículo 2º del PLE<sup>6</sup> o, lográndose dicho umbral, la votación a favor del “no” sea superior a los votos por el “sí”.

*Sobre este tópico, la Sala parte de reiterar que el objeto del plebiscito especial contenido en el PLE es someter a refrendación popular una decisión de política pública del Presidente y relativa al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Paz. Por ende, como se explicó al inicio del análisis material del PLE, el plebiscito especial no tiene por objeto someter a consideración de las ciudadanas y ciudadanos ni el contenido y alcance del derecho a la paz, ni las facultades que la Constitución confiere al Presidente para restablecer y mantener el orden público a partir de diferentes vías, entre ellas la salida negociada al conflicto armado a través de la suscripción de acuerdos con grupos armados irregulares.*

*Sobre este particular debe resaltarse que tanto el derecho-deber a la paz, así como las mencionadas competencias gubernamentales, tienen fundamento constitucional. Por lo tanto, en la medida en que el plebiscito no es un mecanismo de reforma del orden jurídico, entonces no tiene el alcance de alterar tales disposiciones. En ese sentido, la decisión popular en contra del Acuerdo no puede ser en modo alguno comprendida como una disminución o rediseño del derecho y potestades gubernamentales antes indicadas. Estas quedan incólumes pues no fueron puestas a consideración del Pueblo mediante plebiscito, ni tampoco podrían serlo, en tanto ese instrumento de participación ciudadana, se insiste, no tiene entre sus fines admitidos la reforma constitucional.*

*115. En ese sentido, si el efecto de una votación favorable del plebiscito especial es activar los mecanismos de implementación normativa del Acuerdo Final, la consecuencia correlativa de la votación desfavorable o de la falta de votos suficientes para la misma, es la imposibilidad jurídica para el Presidente de adelantar la implementación de ese Acuerdo en específico, puesto que fue esa decisión de política pública la que se sometió a la refrendación popular.*

*Esta conclusión, por supuesto, no es incompatible con que, ante la negativa del Pueblo, a través de las reglas del PLE se ponga a consideración del Pueblo una nueva decisión, con unas condiciones diferentes a las que inicialmente se pactaron y fruto de una renegociación del Acuerdo anterior o la suscripción de uno nuevo, incluso con grupos armados ilegales diferentes a las FARC-EP. Como se señaló a propósito del cuestionamiento de la Procuraduría General fundado en la presunta naturaleza ad hoc del plebiscito especial, ni del texto del PLE, ni de las consideraciones plasmadas dentro del trámite legislativo, es viable concluir que el plebiscito especial sea aplicable exclusivamente respecto del mencionado grupo armado ilegal, ni menos que la vigencia del PLE se agote en relación con dicha negociación en particular. **Por lo tanto, no existe un obstáculo verificable para que, ante la hipótesis de una votación negativa del plebiscito, pueda someterse a refrendación popular una decisión política de contenido diferente, inclusive bajo las reglas especiales del PLE.** Esto último limitado, como es apenas natural, a que esté vinculada a un acuerdo final relativo a la terminación del conflicto armado, en los términos del artículo 1º del PLE.*

*116. Con todo, en contra de la anterior conclusión podría argumentarse que las consecuencias jurídicas antes explicadas no se derivan del texto del artículo 3º del PLE, pues el mismo solo*

---

6 Proyecto de Ley Estatutaria.

*regula la hipótesis de la decisión aprobatoria, más no del veredicto popular en un sentido negativo. Por ende, la Corte no estaría llamada a definir dichas consecuencias cuando el legislador estatutario no lo ha hecho.*

*La Corte se opone a esta conclusión, puesto que considera que la misma sería contraria al artículo 104 C.P., norma que establece que la decisión del Pueblo en el plebiscito “será obligatoria”. Nótese que la Carta Política no confiere ese carácter vinculante únicamente a la decisión aprobatoria, sino que deja la consecuencia abierta en ambos sentidos, puesto que se restringe a señalar la obligatoriedad del veredicto del Pueblo. En ese sentido, se estaría ante un evidente desconocimiento de dicha norma superior, si los efectos de la decisión del Pueblo se restringieran exclusivamente a una modalidad del dictamen.*

*A juicio de la Sala, dadas las implicaciones de la refrendación popular, sus efectos deben reflejar cabalmente las preferencias mayoritarias de quienes participan en el plebiscito. Por ende, debe conferirse un efecto jurídico definido tanto a la decisión aprobatoria como aquella que niegue la validación de la decisión política del Presidente sometida a plebiscito especial. Sostener lo contrario significaría una inaceptable instrumentalización de la decisión popular como mecanismo de simple validación de las políticas gubernamentales. En cambio, conferir efectos sustantivos a las dos posibles opciones de expresión popular es una postura respetuosa de las preferencias de los ciudadanos, manifestadas a través de los mecanismos de participación”. (Se resalta).*

(vi) El pasado 12 de noviembre de 2016<sup>7</sup> se suscribe en la Habana (Cuba), por los representantes del Gobierno y las FARC-EP un segundo “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Este acuerdo fue firmado por el Presidente de la República el 24 de noviembre pasado en acto público de conocimiento nacional, según aparece además en el texto publicado en la página oficial [www.mesadeconversaciones.com.co](http://www.mesadeconversaciones.com.co). En relación con la refrendación, como condición de eficacia de este segundo Acuerdo, las partes convinieron lo siguiente:

#### “6.6 Acuerdo sobre ‘Refrendación’

*El nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera deberá ser objeto de refrendación, de acuerdo con el Punto 6 de la Agenda del Acuerdo General. Dicha refrendación podrá efectuarse mediante sistemas de participación ciudadana como son el plebiscito, la iniciativa legislativa, la consulta, el cabildo abierto y otros, o por corporaciones públicas elegidas mediante sufragio sobre cuyos miembros recaiga representación con mandato tales como el Congreso de la República, las asambleas departamentales y concejos municipales. El Gobierno nacional y las FARC-EP acordarán el mecanismo de refrendación que habrá de hacerse como las normas pertinentes o sentencias lo indiquen”.*

Aclara la Sala que es a partir de lo acordado en este segundo documento que se pregunta si el Congreso de la República tiene o no competencia para “refrendar” el Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016.

<sup>7</sup> Corresponde a la fecha que aparece en el documento que se adjunta a la consulta. Sin embargo en la página oficial [www.mesadeconversaciones.com.co](http://www.mesadeconversaciones.com.co) aparece ya el acuerdo con la fecha en que fue firmado por el Presidente de la República (24 de noviembre de 2016).

## 1.2. Normas expedidas dentro del marco del proceso de negociación del acuerdo de paz

Para completar el contexto de la consulta, cabe recordar que durante el desarrollo del proceso de paz con las FARC-EP se han producido en relación directa o indirecta con este, entre otras, las siguientes normas:

(i) Acto Legislativo 1 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Este acto legislativo introduce dos nuevos artículos transitorios a la Constitución (66 y 67), a través de los cuales se delimitan los fines de la justicia transicional (la terminación del conflicto armado interno; el logro de la paz estable y duradera; las garantías de no repetición y de seguridad; y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación); se permite expedir una Ley Estatutaria de Justicia Transicional, otra que determine los criterios de selección y priorización en investigación de delitos, y una tercera que defina los delitos conexos al delito político; y, finalmente, se prevé la creación de una comisión de la verdad. La revisión de constitucionalidad de este acto legislativo se encuentra en las Sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

(ii) Ley Estatutaria 1745 del 26 de diciembre de 2014, por el cual se dictan las reglas para el desarrollo de referendos constitucionales con ocasión de un acuerdo final para la terminación del conflicto armado. La revisión previa de constitucionalidad de esta Ley se hizo en la Sentencia C-784 de 2014.

(iii) Ley Estatutaria 1757 de 2015, por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, con revisión previa de constitucionalidad en la Sentencia C-150 de 2015.

(iv) Ley Estatutaria 1806 de 2016, *por medio de la cual se regula el plebiscito para la referendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, con revisión previa de constitucionalidad en la Sentencia C-379 de 2016 (*supra* 1.1.-iv-)

(v) Acto Legislativo 1 de 2016, *por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*<sup>8</sup>. Frente a este acto legislativo cursan varias demandas de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, las cuales se encuentran pendientes de resolver.<sup>9</sup>

Se puede constatar así que la presente consulta se inserta en un contexto más amplio de reformas constitucionales y legales, a través de las cuales se busca facilitar la terminación del conflicto y la transición hacia la paz.

8 Entre otros aspectos simplifica el procedimiento de aprobación de las reformas constitucionales y de las leyes, confiere facultades especiales al Presidente de la República y define la naturaleza jurídica del Acuerdo Final.

9 [www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas](http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas).



## 2. Planteamiento del problema y aclaraciones previas

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la presente consulta plantea como problema jurídico central la posibilidad (competencia) del Congreso de la República para “refrendar” los acuerdos de paz que suscriba el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Para resolver este problema la Sala considera necesario revisar inicialmente lo que en el contexto de las normas que regulan la negociación y celebración de acuerdos de paz debe entenderse por “refrendación”, para, de esa manera, determinar si la misma puede o no cumplirse por el Congreso de la República, en su calidad de órgano máximo de representación popular, tal como lo propone el organismo consultante.

Con este fin, la Sala revisará: (i) las competencias constitucionales y legales del Presidente de la República para suscribir acuerdos de paz y el momento a partir del cual estos cobran existencia jurídica; (ii) el valor de los acuerdos de paz suscritos por el Presidente de la República y la imposibilidad de que los mismos comporten una modificación automática del ordenamiento jurídico; y (iii) el significado y efectos que en ese contexto de los acuerdos de paz puede dársele a la expresión “refrendar”.

A partir de lo anterior se determinará entonces (iv) la competencia del Congreso de la República para hacer una manifestación política sobre su conformidad (refrendación), o no, con el “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo”.

Ahora bien, la Sala considera importante aclarar que la consulta recae de manera específica sobre la posibilidad de refrendación parlamentaria del segundo Acuerdo Final suscrito el 24 de noviembre pasado, esto es, solamente sobre uno de los varios mecanismos que las partes firmantes escogieron como mecanismo válido para poner en marcha lo pactado.

Por tanto, esta Corporación no se pronunciará sobre las otras posibles formas de refrendación acordadas por las partes, ni en general, sobre otros aspectos que si bien han sido objeto de discusión pública, son ajenos al interrogante planteado. En particular, la Sala no se referirá a los efectos del triunfo del NO en el plebiscito del 3 de octubre de 2016, frente a lo cual se limita a transcribir lo señalado por la Corte Constitucional en relación con ese aspecto (*supra* 1.1, -v-), así como tampoco hará una comparación entre el primer acuerdo final y el segundo acuerdo final para determinar si se dan o no las condiciones suficientes para considerar que ha habido un nuevo acuerdo de paz, pues si bien es un asunto que también ha sido objeto de discusión por la opinión pública, no es tampoco objeto de consulta.

La Sala parte del presupuesto de la existencia de un nuevo acuerdo de paz y se circunscribirá a la pregunta que se hace en relación con la posibilidad de su *refrendación* (desde el punto de vista

de la competencia) a través del Congreso de la República, en el entendido ya mencionado de que en este nuevo acuerdo se pactó en el punto 6.6 un específico “Acuerdo sobre ‘refrendación”.

También es importante advertir que la Sala efectúa el análisis -vertido en este concepto- desde el punto de vista estrictamente jurídico (desde la perspectiva del régimen constitucional y legal de competencias del Congreso de la República), y en manera alguna comprende juicios sobre la conveniencia, oportunidad o utilidad política de la refrendación del Acuerdo Final a través de esa corporación pública.

En relación con el contexto normativo del proceso de paz descrito inicialmente (*supra* 1.2), para efectos de la presente consulta cobrará especial importancia la Sentencia C-379 de 2016 (de revisión previa de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1806 de 2016), en la medida en que en ella se estudiaron con detalle algunos elementos esenciales para responder el interrogante planteado por el organismo consultante: (i) la competencia del Gobierno nacional para suscribir acuerdos de paz; (ii) el carácter potestativo de los mecanismos de refrendación; (iii) la naturaleza política (no normativa) de los acuerdos de paz; y (iv) los efectos de la refrendación de un acuerdo de paz (políticos y no de incorporación de normas al ordenamiento jurídico).

De otra parte, la Sala advierte que no tomará como referente normativo lo dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 2016 (que le da naturaleza de “*Acuerdo Especial en los términos del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949*” al Acuerdo Final y lo integra al bloque de constitucionalidad<sup>10</sup>), en la medida en que su vigencia está condicionada a la “*refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*”<sup>11</sup>.

Con estas aclaraciones la Sala pasa a revisar el problema jurídico que plantea la consulta en los términos en que ha quedado descrito.

### 3. Competencias constitucionales y legales del Presidente de la República para suscribir acuerdos de paz

La competencia del Presidente de la República para dirigir el orden público y, si es necesario, negociar y suscribir acuerdos de paz con grupos alzados en armas se deriva de diversas

10 “**Artículo 4°.** La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así: **Artículo Transitorio:** En desarrollo del derecho a la paz, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera constituye un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con el fin de ofrecer garantías de cumplimiento del Acuerdo Final, una vez éste haya sido firmado y entrado en vigor ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta durante el periodo de implementación del mismo como parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las Normas y las Leyes de Implementación y Desarrollo del Acuerdo Final.

En desarrollo del Derecho a la paz, el Procedimiento Legislativo Especial para la aprobación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, incluirá un “procedimiento de ley aprobatoria del Acuerdo Especial” con los siguientes criterios procedimentales especiales: envío al Congreso para su incorporación al derecho interno por medio de una ley; tramitación como ley ordinaria; radicación del proyecto ante la secretaria del Senado y publicación, debate en comisiones constitucionales conjuntas del Senado y Cámara, votación, debate en plenario del Senado; y debate en plenario de la Cámara. El tránsito del proyecto entre comisión y plenaria será de 8 días, las votaciones serán únicamente de aprobación o improbación de todo el texto; control de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial; sanción presidencial y publicación en diario oficial; el Gobierno se obligará a presentar esta ley aprobatoria inmediatamente sea firmado y aprobado el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, y entrado en vigor el presente Acto Legislativo. El procedimiento legislativo de aprobación de leyes o actos legislativos para la implementación o desarrollo del Acuerdo Final, será el Procedimiento legislativo especial para la paz establecido en el artículo primero de este Acto Legislativo, y estará en vigencia para la aprobación de normas de implementación y desarrollo del Acuerdo Final durante el tiempo establecido en el mismo artículo”.

11 “**Artículo 5°. Vigencia.** El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

disposiciones constitucionales. Así, por ejemplo, el artículo 188 señala que el Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, “*se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos*”; el artículo 189-3 establece que le corresponde “*3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República*” y los artículos 189-5 y 189-6 le asignan la función de dirigir las operaciones de guerra, proveer la seguridad exterior de la República y, si fuere el caso firmar acuerdos de paz con otras naciones. Además el artículo 189-4 señala de manera expresa que al Presidente de la República le corresponde “*conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado*”.

En este sentido, en la Sentencia C-214 de 1993, al revisar la constitucionalidad de las facultades conferidas por el Decreto Legislativo 542 de 1993, la Corte Constitucional reiteró, con base en su Sentencia C-032 de 1993, que el Presidente de la República tiene una competencia exclusiva y suficiente para adelantar diálogos de paz:

*“Ahora bien, la Constitución ha determinado con claridad que la responsabilidad fundamental en esta materia se halla en cabeza del Presidente de la República, quien tiene a su cargo -según el mandato del artículo 189, numeral 4- la conservación del orden público en todo el territorio y su restauración en donde hubiese sido desquiciado (...). En tal sentido, ninguna persona ni autoridad dentro del Estado se halla autorizada para actuar con independencia del Presidente de la República y menos en contra de sus determinaciones en lo referente a la conducción de la política de orden público, ni para sustituirlo en parte alguna del territorio por cuanto concierne a las medidas que deban adoptarse para enfrentar los fenómenos que enturbian la pacífica convivencia.*

*Es del resorte exclusivo del Presidente y de su entera responsabilidad la definición concreta sobre el contenido y alcance de las disposiciones llamadas a operar dentro de los límites materiales, temporales y territoriales derivados de la Constitución Política y del respectivo decreto declaratorio del Estado excepcional.*

*Dedúcese de lo anterior que, en el caso específico de los denominados diálogos de paz, que tienen como propósito básico la reincorporación de los delincuentes políticos a la vida civil y su sometimiento a la legalidad, ninguna persona pública ni privada goza de competencia para llevarlos a cabo sin orden o autorización expresa del Presidente de la República, interlocutor por excelencia en la búsqueda de acuerdo, en su doble condición de Jefe del Estado y de Gobierno”.*

En este orden, la Corte Constitucional ha señalado que la realización de diálogos de paz con grupos guerrilleros y “*la firma de acuerdos para el logro de la convivencia pacífica*”, son instrumentos constitucionalmente válidos con que cuenta el Presidente de la República, en tanto y cuanto este tiene a su cargo la función constitucional de conducción del orden público<sup>12</sup>.

Esta atribución presidencial de adelantar negociaciones de paz y suscribir acuerdos con los grupos armados organizados al margen de la ley fue nuevamente ratificada en la Sentencia

12 Sentencia C-048 de 2001. Ver también, Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 4 de agosto de 2016, expediente 2015-00377: “(...) el marco normativo y jurisprudencial arriba explicado le otorga al Presidente de la República un amplio margen de libertad configurativa de los procesos de paz, así como del alcance y contenido de los mismos según las específicas necesidades y circunstancias por las que esté atravesando el país”.

C-379 de 2016, en la que, al estudiar la posibilidad de refrendar mediante plebiscito el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las FARC, la Corte Constitucional reiteró que:

“43. En relación con el segundo grupo de censuras al artículo 1º, se parte de advertir que, como se señaló en el fundamento jurídico 34, efectivamente la Carta Política y la jurisprudencia constitucional han definido que el Presidente de la República es el titular de la competencia para suscribir acuerdos con grupos armados ilegales, tendientes a la superación del conflicto y el mantenimiento del orden público. Esta prerrogativa está fundada en que, conforme a la Constitución, el Presidente de la República es la autoridad competente para mantener el orden público y restablecerlo cuando fuera turbado (Artículo 189-4 C.P.). Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional desde el inicio, la sentencia C-214 de 1993,<sup>13</sup> al analizar la exequibilidad del Decreto Legislativo destinado a facilitar los diálogos con grupos guerrilleros, lograr su desmovilización y reintegración a la vida civil, señaló que “el acto de firma de los acuerdos definitivos, mediante el cual se plasman con carácter vinculante los pactos que constituyan resultado final de los diálogos, está reservado de manera exclusiva al Presidente de la República en su calidad de Jefe del Estado. Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 C.N.). Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables. La figura prevista en el artículo 211 de la Carta no sería aplicable a ellas, en especial si se recuerda que, por mandato de la propia norma, la delegación exime de responsabilidad al delegante, mientras que el ejercicio de las atribuciones de los estados de excepción compromete al Presidente de la República (artículo 214-5 C.N.), precisamente por su gravedad y trascendencia”.<sup>14</sup>

Esta competencia no solo se hace presente en los estados de excepción, sino que también el legislador ha reconocido dicha facultad con carácter permanente, dotando al Presidente de la República de diferentes herramientas para el logro de dichos acuerdos y, con ellos, ejercer cabalmente la competencia de conservación del orden público, prevista en el artículo 189-4 C.P. En este caso es paradigmática la Ley 418 de 1997, prorrogada por sucesivas leyes posteriores”.

El desarrollo de esta competencia constitucional del Presidente de la República para negociar y firmar acuerdos de paz se desarrolla de manera particular en la Ley 418 de 1997, *por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*<sup>15</sup>.

El Título I “*Instrumentos para la búsqueda de la convivencia*”, contiene en su Capítulo I las “*disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica*”. Dentro de estas disposiciones se encuentra el artículo 10º,

13 Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 1993.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 1993.

15 Con anterioridad, otras normas reconocieron esa misma competencia. Así por ejemplo, Decreto Legislativo 542 de 1993, *por el cual se dictan disposiciones para facilitar el diálogo con los grupos guerrilleros, su desmovilización y reinserción a la vida civil* (declarado exequible mediante Sentencia C-214 de 1993); o la Ley 104 de 1993, *por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*.

modificado por el artículo 4º de la Ley 782 de 2002, según el cual la dirección de todo proceso de paz corresponde exclusivamente al Presidente de la República:

*“Artículo 10. La dirección de todo proceso de paz corresponde exclusivamente al Presidente de la República como responsable de la preservación del orden público en toda la Nación. Quienes a nombre del Gobierno participen en los diálogos y acuerdos de paz, lo harán de conformidad con las instrucciones que él les imparta.*

*El Presidente de la República podrá autorizar la participación de representantes de diversos sectores de la sociedad civil en las conversaciones, diálogos y negociaciones a que hace referencia este capítulo, cuando a su juicio puedan colaborar en el desarrollo del proceso de paz”.*

En concordancia con lo anterior, el artículo 8º de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 1779 de 2016, permite que los representantes autorizados expresamente por el Gobierno nacional, con el fin de promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la paz (i) realicen todos los actos tendientes a entablar conversaciones y diálogos con grupos armados organizados al margen de la ley; y (ii) adelanten diálogos y negociaciones y firmen acuerdos con los voceros o miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, *“dirigidos a obtener soluciones al conflicto armado, lograr la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario, el respeto de los derechos humanos, el cese de hostilidades o su disminución, la reincorporación a la vida civil de los miembros de estas organizaciones o su tránsito a la legalidad y la creación de condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo”.*

El mismo artículo 8º señala que *“los acuerdos y su contenido serán los que a juicio del Gobierno sean necesarios para adelantar el proceso de paz y su cumplimiento será verificado por las instancias nacionales o internacionales que para el efecto y de común acuerdo designen las partes”.*

En punto al asunto consultado cobra también relevancia el artículo 7º<sup>16</sup>, que le confiere al Congreso de la República la función de hacer el seguimiento de la aplicación de la ley y obliga al Gobierno a presentar informes periódicos relacionados con la utilización de las facultades conferidas en ella:

*“Artículo 7º. Las mesas directivas de las Comisiones Primeras de Senado y Cámara conformarán una comisión en la que tendrán asiento todos los partidos y movimientos políticos representados en las respectivas Comisiones, encargada de efectuar el seguimiento de la aplicación de esta ley, recibir las quejas que se susciten en ocasión de la misma y revisar los informes que se soliciten al Gobierno nacional.*

*El Gobierno deberá presentar informes dentro de los primeros diez (10) días de cada período legislativo a las comisiones de que trata este artículo, referidos a la utilización de las atribuciones que se le confieren mediante la presente ley, así como sobre las medidas*

---

16 Modificado por el artículo 4º de la Ley 1421 de 2010.

*tendientes a mejorar las condiciones económicas de las zonas y grupos marginados de la población colombiana.*

*Los informes presentados a las comisiones deberán mostrar articuladamente mediante indicadores el cumplimiento de los propósitos generales y específicos contenidos en la presente ley”. (Se resalta).*

Esta disposición denota claramente, como se analizará con detenimiento más adelante, que las decisiones del Presidente de la República en materia de negociaciones y acuerdos de paz, no son ajenas al control político del Congreso de la República.

Ahora bien, lo que se ha señalado en este numeral es particularmente importante para advertir respecto del asunto consultado, que la refrendación, si bien es un paso constitucionalmente admisible para reforzar la legitimidad democrática del acuerdo de paz (según se verá enseguida con más detalle), no sería un requisito de su existencia o validez sino de su eficacia, por decisión voluntaria de las partes que lo suscribieron.

Debe tenerse en cuenta que la Ley 418 de 1997, si bien impone límites a las negociaciones y a la suscripción de acuerdos de paz (sujeción a los fines del Estado y a su carácter democrático, así como a los principios de proporcionalidad y necesidad; imposibilidad de menoscabar el núcleo esencial de los derechos fundamentales; prohibición de alterar la distribución de competencias establecidas en la Constitución y las leyes; etc.), no exige la refrendación de los acuerdos de paz como condición necesaria para su nacimiento a la vida jurídica. Tampoco lo ha exigido la jurisprudencia que, por el contrario, ha reiterado que *“la negociación y suscripción del Acuerdo Final es, como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional y se ha explicado detalladamente en esta sentencia, una competencia exclusiva del Presidente, que hace parte de la atribución de mantener el orden público”*.<sup>17</sup>

Precisamente, el artículo 1º de la Ley Estatutaria 1806 de 2016, por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, utiliza la expresión verbal “podrá” (no “deberá”), para referirse a la posibilidad (no obligación) de que el Presidente de la República someta a plebiscito el referido acuerdo de paz. En tal sentido, al revisar la constitucionalidad de dicha ley, la Corte Constitucional pone de presente la no obligatoriedad de la refrendación de los acuerdos de paz (por las competencias propias del Presidente de la República), lo que sin embargo no comporta su inconstitucionalidad en caso de acudirse a ella<sup>18</sup>. Advierte ese Tribunal que *“la iniciativa y convocatoria a plebiscito es una competencia de ejercicio potestativo del Presidente de la República, pues no de otra manera puede interpretarse la expresión ‘podrá consultar al Pueblo’”,* prevista en el artículo 104 C.P., por lo que *“no podría concluirse válidamente que si no concurre el deber constitucional de refrendación popular del Acuerdo Final, entonces el mismo está prohibido, pues ello sería confundir las obligaciones jurídicas con las prerrogativas”*.<sup>19</sup>

17 Sentencia C-379 de 2016.

18 Sentencia C-379 de 2016.

19 Sentencia C-379 de 2106. En la misma sentencia se señaló lo siguiente sobre el alcance del artículo 1º de la Ley 1806 de 2016. “En ese sentido, lo que la norma prevé es una habilitación que confiere el legislador estatutario al Presidente para que convoque, **si así lo decide**, a un plebiscito que tiene por objeto la refrendación popular de un Acuerdo Final”.

En síntesis, desde la perspectiva de las facultades constitucionales para suscribir acuerdos de paz, la “refrendación” por parte del Congreso de la República no podría entenderse como un requisito de existencia o validez del *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera con las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia -Ejército del Pueblo*, ni tener el alcance de autorización o aprobación (en el sentido de incorporación al ordenamiento jurídico) del mismo.

#### **4. El alcance de los acuerdos de paz suscritos por el Presidente de la República y la imposibilidad de que los mismos comporten una modificación automática del ordenamiento jurídico**

El segundo aspecto para delimitar el significado que tendría una eventual *refrendación del acuerdo de paz* por parte del Congreso de la República, tiene que ver con los alcances limitados que dicho documento tiene frente al ordenamiento jurídico vigente, a efectos de lo cual la Sala se apoyará en lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2016.

Según se señaló en esta sentencia, el Acuerdo de Paz corresponde a una decisión política del Presidente de la República “*que carece de naturaleza normativa en sí misma considerada*”. Se trata de “*una serie de compromisos entre las partes, comprendidos como una agenda política susceptible de implementación posterior*”, lo que significa que “*no contiene, ni podrá contener, proyectos específicos de legislación o de enmienda constitucional que se pretendan incluir directamente en el orden jurídico*”.

La Corte Constitucional pone de presente entonces que el Acuerdo Final no puede entenderse como un conjunto de disposiciones jurídicas definidas (proyectos normativos específicos que modifican directamente la Constitución o la ley). Esto implica que la implementación de un acuerdo de paz exige en cualquier caso utilizar los mecanismos previstos en la Constitución para la creación, modificación y derogatoria de normas jurídicas:

*“50.1. Lo primero que debe advertirse es que la noción de Acuerdo Final concuerda con el de una “decisión de trascendencia nacional”, en los términos del artículo 104 C.P., A su vez, la Sala evidencia que dicho Acuerdo corresponde a una política pública que carece de naturaleza normativa en sí misma considerada. Se ha señalado en esta sentencia que, a partir de la información disponible sobre los asuntos debatidos en la etapa de negociación del Acuerdo Final, estos consisten en una serie de compromisos entre las partes, comprendidos como una agenda política susceptible de implementación posterior. Esto implica que no contiene, ni podrá contener, proyectos específicos de legislación o de enmienda constitucional que se pretendan incluir directamente en el orden jurídico.*

*Considera la Sala que este último aspecto debe precisarse suficientemente, puesto que es uno en donde mayor debate se presenta entre los intervinientes, así como frente al concepto de la Procuraduría General. El Acuerdo Final no puede entenderse como un conjunto de disposiciones jurídicas definidas, comprendidas estas como proyectos normativos específicos, que modifican directamente la Constitución o la ley, bien sea adicionándolas, derogando alguno de sus contenidos o reformándolos. Para que sea susceptible de ser refrendado a través de plebiscito*

especial, el Acuerdo Final se entiende como una decisión política o plan de acción, susceptible de ser posteriormente implementado, incluso a través de normas jurídicas. En dicho proceso de implementación, como se explicará por la Corte a propósito del control de constitucionalidad del artículo 3° del PLE, deberán utilizarse los mecanismos previstos en la Constitución para la creación, modificación y derogatoria de normas jurídicas, pero este será un proceso posterior y diferente a la refrendación popular del Acuerdo Final.

*Es decir, la potencial votación favorable del plebiscito especial, así comprendida, tiene como principal consecuencia legitimar democráticamente el proceso posterior de implementación, pero no está llamado a incluir, de manera directa e inmediata, ninguna modificación al orden jurídico. Estas enmiendas normativas, de ser necesarias, serán propias de la etapa de implementación y, por ende, deberán cumplir estrictamente con las condiciones, requisitos y límites que para las reformas constitucionales y legales dispone la Carta Política”<sup>20</sup> (Se resalta).*

Como se observa, el alcance limitado del Acuerdo Final como “decisión política o plan de acción” y no como norma jurídica, se traslada a su vez al mecanismo de refrendación que se pretenda utilizar, en el sentido de que, como advierte la Corte Constitucional en la misma sentencia, lo que estaría sometido a ese procedimiento (con independencia de que se acuda a un mecanismo de participación directa o indirecta) “no es un articulado que se inserte autónoma y directamente en el orden jurídico, sino una política objeto de implementación normativa posterior”.

Por lo mismo, es importante tener en cuenta lo señalado más adelante en la providencia analizada cuando se aclara que la refrendación popular del Acuerdo Final mediante plebiscito solo tendría como principal consecuencia “legitimar democráticamente el proceso posterior de implementación, pero no está llamado a incluir, de manera directa e inmediata, ninguna modificación al orden jurídico” y que, en consecuencia, las enmiendas normativas que se derivan del acuerdo, con independencia del mecanismo de refrendación escogido, “serán propias de la etapa de implementación y, por ende, deberán cumplir estrictamente con las condiciones, requisitos y límites que para las reformas constitucionales y legales dispone la Carta Política”<sup>21</sup>.

En este orden, la Corte Constitucional advierte que la refrendación del Acuerdo Final no le da a este último los efectos normativos que, por naturaleza, no tiene:

*“108. Esta caracterización de la refrendación popular, entonces, permite a la Corte concluir que el efecto de una potencial aprobación del plebiscito no es la incorporación de ninguna reforma constitucional o legal, sino simplemente la concurrencia de un mandato para el Presidente de la República de implementación de la decisión política de suscribir el Acuerdo Final, a través de los mecanismos que dispone el ordenamiento jurídico para el efecto (...)*

*A su vez, la existencia de este deber no puede interpretarse como la concesión de carácter normativo alguno al Acuerdo Final, pues esta naturaleza se logrará solo cuando se ejecute*

<sup>20</sup> Sentencia C-379 de 2016.

<sup>21</sup> *Ibidem*.



*la implementación, por supuesto bajo el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la producción y reforma de normas jurídicas, así como el respeto irrestricto a la autonomía e independencia de los poderes públicos no cobijados por la decisión del cuerpo electoral convocado en plebiscito. La hipotética aprobación del Acuerdo Final mediante el plebiscito especial no lo hace, utilizando el símil con el derecho internacional público, una norma jurídica autoejecutable. En contrario, la refrendación popular del Acuerdo tiene naturaleza exclusivamente política, consistente en un mandato al Presidente de la República para la implementación de una decisión política a su cargo, a través de los canales y procedimientos dispuestos por la Constitución y la ley para ese efecto. Además, teniendo en cuenta que el mandato es exclusivo para el Presidente, la decisión del Pueblo no afecta la independencia y autonomía de las demás ramas del poder público para adoptar las normas vinculadas con dicho proceso de implementación”<sup>22</sup> (Se resalta).*

Así, la Corte Constitucional aclaró que de la refrendación plebiscitaria solo se derivaba el deber de implementación de la política pública de paz incorporada al Acuerdo, “*más no que esta política logre naturaleza normativa directa, ni mucho menos que se convierta en un parámetro superior a la Constitución misma*”<sup>23</sup> Por lo mismo, en la medida en que la refrendación recae sobre una decisión política del Presidente de la República, la misma solamente lo vincula a él y no a los demás órganos del poder público:

“Como se estudió en el fundamento jurídico 13.4 de esta sentencia, a propósito de la caracterización constitucional del plebiscito, los efectos del mismo solo cobijan al Presidente de la República. Esto debido a que resultaría vulnerado el principio de separación de poderes si se permitiera que, a través de la decisión popular obtenida mediante dicho mecanismo de participación, el Presidente pudiese desconocer o inhabilitar la acción de los demás poderes del Estado. Con base en esta fundamentación, la Corte advierte que el inciso segundo del artículo 3º es inconstitucional, en la medida en que está extendiendo indebidamente el carácter vinculante de la decisión popular a “los demás órganos, instituciones y funcionarios del Estado”<sup>24</sup>.

Todo lo anterior significa entonces frente al asunto consultado que la eventual refrendación del Acuerdo Final por parte del Congreso de la República: (i) tendría naturaleza política; (ii) no revestiría al Acuerdo de naturaleza jurídica ni comportaría su inclusión a la Constitución o al ordenamiento jurídico; y (iii) no eximiría al Presidente de la República del deber de tramitar las reformas constitucionales y legales necesarias para la implementación del acuerdo de paz a través de los procedimientos previstos para ese efecto en el ordenamiento constitucional vigente.

En consecuencia, así como se advirtió por la Corte Constitucional en relación con el sometimiento del Acuerdo Final a un plebiscito, la refrendación del Congreso de la República solamente entraría “*en el ámbito exclusivo de la justificación política de una futura e hipotética reforma legal o constitucional, adoptada en el marco de la implementación de dicho mandato*

---

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

*popular”, lo que resultaría distinto a considerar que la refrendación “incorpora directa y automáticamente el contenido de la política pública, sometida a su decisión, en el orden jurídico o en la Constitución”.*<sup>25</sup>

## **5. El significado de la expresión “refrendar” en el contexto de los acuerdos de paz que suscribe el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales**

Conforme se ha indicado, los acuerdos de paz suscritos por el Presidente de la República son decisiones políticas (no de consagración de normas positivas) que dicho funcionario puede adoptar en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales. Según se explicó, la existencia de los acuerdos de paz no está sujeta, en principio, a formalidades o trámites posteriores y de ahí que ni la Constitución Política ni la Ley 418 de 1997 prevean una instancia de “refrendación” ni se ocupen de definir esa expresión.

No obstante, dicho término aparece en el Título de la Ley Estatutaria 1806 de 2016, *por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, así como en sus artículos 1º, 2º y 3º. En concordancia con lo señalado a lo largo de este Concepto, la Corte Constitucional pone de presente en la misma Sentencia C-379 de 2016, que *la refrendación* de un acuerdo de paz, en cuanto recae sobre una decisión política, en ningún caso puede tener naturaleza normativa:

*“Por ende, el efecto que se predica de la decisión del plebiscito es el aval o rechazo de esa decisión política por parte del cuerpo electoral, pero no la inclusión de disposiciones nuevas o la modificación de normas constitucionales o legales precedentes, pues para ello la Constitución ha dispuesto al referendo como mecanismo específico. Así, la Corte remite a los argumentos planteados en precedencia, de acuerdo con los cuales se dejó suficientemente definido que el plebiscito especial contenido en el PLE no puede ser confundido con un referendo, en tanto su efecto no involucra la modificación de normas jurídicas, sino únicamente el aval o rechazo del Pueblo respecto del asunto cuya órbita de decisión corresponde al Presidente, en los términos del artículo 104 C.P. En otras palabras, la decisión del Pueblo en los plebiscitos, entre ellos el plebiscito especial planteado en el PLE, es de naturaleza exclusivamente política y este es el carácter de obligatoriedad al que refiere el artículo 104 C.P. Asunto diferente es que, como se ha explicado en esta sentencia, ese mandato pueda ser posteriormente desarrollado a través de regulaciones de índole normativa, constitucional o legal. Pero tales modificaciones no tienen su origen directo en la decisión del Pueblo, sino en el cumplimiento de las condiciones y requisitos que prevé la Carta Política para la enmienda constitucional o la reforma legal, según sea el caso (...)*

*En consecuencia, la Corte desacuerda con varios de los intervinientes y con el Ministerio Público, en el sentido que una potencial aprobación del plebiscito especial resulte automáticamente en una modificación de la Constitución. Esto equivaldría a suponer el incumplimiento de las reglas previstas en la Carta Política para la introducción de reformas constitucionales y legales,*

---

<sup>25</sup> Ibidem.

*en razón del origen popular del plebiscito. Esta interpretación, como es sencillo observar, es inadmisibles en tanto desconoce por completo el principio de supremacía constitucional. Por ende, la comprensión compatible con la Constitución de los efectos del plebiscito no es otra que una de carácter político, más no de reforma normativa directa”. (Se resalta).*

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional condiciona la constitucionalidad de la palabra “refrendación”, para delimitar su alcance a lo estrictamente político y excluir la posibilidad de que, por esa vía, el Acuerdo Final adquiera un carácter normativo o de incorporación automática al ordenamiento constitucional:

*“Con base en estos argumentos, la Sala considera que la expresión “refrendación” de que trata el PLE debe ser objeto de un fallo de exequibilidad condicionada. Esto con el fin de excluir del ordenamiento jurídico la interpretación que lleve a conferir un carácter normativo al Acuerdo Final o a la decisión popular expresada en el plebiscito especial, en caso que esta se mostrase favorable, pues ello confundiría los efectos del plebiscito especial con los del referendo. En consecuencia, la Corte considera necesario condicionar el título del proyecto de ley estatutaria, bajo el entendido de que el Acuerdo Final es una decisión política y la refrendación a la que alude el proyecto no implica la incorporación de un texto normativo al ordenamiento jurídico.*

*A su vez, en la medida en que el propósito del condicionamiento es evitar una interpretación inconstitucional del contenido y alcance de la refrendación popular derivada del plebiscito especial, la declaratoria de exequibilidad condicionada debe extenderse a la expresión “refrendación” contenida en los artículos 1º, 2º y 3º del proyecto de ley estatutaria.*

*Conforme a este condicionamiento, es evidente la naturaleza política, tanto del Acuerdo Final como de la decisión que adopte el cuerpo electoral convocado a través del plebiscito especial. Esta decisión, así comprendida, es anterior, diferente e independiente de una potencial implementación normativa del Acuerdo la cual, de llevarse a cabo, deberá realizarse conforme a los requisitos y condiciones previstos en la Constitución para los actos de producción normativa, tanto legales como constitucionales”. (Se resalta).*

La Sala considera que este condicionamiento de la Corte Constitucional, según el cual la expresión “refrendación” está circunscrita a un ámbito estrictamente político cuando de acuerdos de paz se trata, sería aplicable, por las mismas razones expresadas por ese alto tribunal, en el caso de una posible refrendación del Acuerdo Final por parte del Congreso de la República.

Por tanto, el significado lingüístico de la expresión *refrendar* (autorizar un despacho u otro documento por medio de la firma de persona hábil para ello; corroborar algo afirmándolo; volver a ejecutar o repetir la acción que se había hecho<sup>26</sup>), quedaría delimitado en el caso revisado a una corroboración o respaldo estrictamente político (i.e. de legitimación), que no agota sino que apoya el proceso de implementación y cumplimiento de lo acordado.

En consecuencia, el objetivo de acudir a la “refrendación” del Congreso de la República

sería el de conocer si se cuenta o no con el respaldo político de esa corporación pública, que por naturaleza tiene legitimidad democrática (artículos 3 y 133 C.P), con lo cual se lograría darle mayor legitimación a lo acordado, vista la necesidad de una futura implementación. Pero, se insiste, no podría implicar la modificación de las normas constitucionales o legales existentes, ni la inclusión de disposiciones nuevas, así como tampoco limitar a futuro la libertad de configuración normativa del Congreso de la República.

Lo anterior ratifica que un pronunciamiento del Congreso de la República sobre su conformidad o no con el Acuerdo Final en los términos en que ha quedado expuesto: (i) sería una decisión estrictamente política, (ii) no tendría efectos automáticos en el orden constitucional y normativo y en consecuencia (iii) no obviaría la necesidad de que la implementación del acuerdo en normas positivas deba realizarse conforme a los requisitos y condiciones previstos en la Constitución para los actos de producción normativa a que haya lugar. Sería estrictamente, un escenario de *legitimación política* frente a la *política pública de paz* contenida en el acuerdo suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP.

En este sentido, el concepto de *refrendación* que la Sala pasa a estudiar en el capítulo siguiente no está relacionado con las funciones legislativas del Congreso de la República (artículo 150 C.P), sino con aquellas propias del control político que le corresponde ejercer a esa corporación pública sobre las demás ramas y órganos del poder público (artículo 114 C.P.).

No sobra advertir que si el objeto de la “*refrendación*” ante el Congreso de la República fuera más allá de una manifestación política que legitime los acuerdos y lo que se pretendiera fuese dotarlos de valor normativo o permitir su incorporación al ordenamiento jurídico, lo que correspondería sería la radicación ante esa Corporación de los proyectos de acto legislativo y de ley correspondientes, los cuales tendrían que surtir todos los trámites previstos en la Constitución para su aprobación. En este último caso, la *refrendación* solo podría darse en el marco de las funciones legislativas y de reforma constitucional (no de control político) del Congreso de la República.

Debe indicarse entonces, de la misma forma en que la Corte Constitucional lo hizo respecto del sometimiento del acuerdo de paz a un plebiscito, que una eventual *refrendación* a través del Congreso de la República no podría alterar las reglas comunes sobre reforma constitucional o legal, “*ni menos puede considerarse que la política aprobada quede desligada, para su concreción jurídico normativa, de los procedimientos de producción normativa aplicables y dispuestos por la Constitución*”<sup>27</sup>

## **6. Competencia del Congreso de la República para hacer una manifestación política sobre su conformidad (refrendación), o no, con el “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo”**

Tal como ha quedado expuesto, la Sala debe revisar entonces si dentro de las funciones de control político que le asignan la Constitución Política y la ley, el Congreso de la República puede hacer una *manifestación política* sobre su conformidad o no (refrendación)

---

27 Ibidem.

con el “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo”, entendido este último, según se ha señalado, como un acto de naturaleza política y no de consagración de normas positivas. Para tal efecto, la Sala (i) hará unas consideraciones generales sobre la naturaleza y alcance del control político y, sobre esa base, (ii) analizará los mecanismos que para su ejercicio establecen la Constitución Política y la Ley 5 de 1992.

### **6.1 El control político a cargo del Congreso de la República: debe permitir la discusión de las principales preocupaciones de la sociedad**

El término política es sin duda polisémico. Pindado Sánchez ofrece distinciones útiles al respecto:

*“Siguiendo nuevamente a Vallès<sup>28</sup>, la política se puede contemplar desde tres dimensiones. Aunque en castellano tenemos una única palabra para referirnos a esa actividad, el mundo anglohablante utiliza tres diferentes términos - puestos en cursiva, junto a cada dimensión -:*

*a) estructura (polity)*

*b) proceso (politics)*

*c) resultado (policy) las políticas públicas.*

*La dimensión estructural hace referencia a aquellas instituciones y reglas más o menos estables que ordenan la actividad política. Por ejemplo los parlamentos o la ley electoral.*

*La política como proceso señala aquella secuencia de actividades que produce un resultado concreto. Esa secuencia tiene actores individuales y colectivos y responde a unas actitudes, culturas y valores. Por ejemplo, el papel de los partidos políticos, las asociaciones, grupos de presión, la dinámica legislativa, en resumen, <la política en acción>.*

*Finalmente, la política como resultado, <producto directo y más visible de la actividad política > (Vallès, 2003:375). Aquí aparecen las políticas concretas: económica, urbanística, social, educativa, cultural... **que intervienen en las esferas concretas a las que se dirigen, modifican las relaciones sociales y producen resultados que pueden ser evaluables**?. (Negrilla fuera del texto)<sup>29</sup>*

Es así que sobre las esferas concretas de actuación de los gobernantes los sistemas jurídicos contemporáneos se inclinan fuertemente por establecer mecanismos de fiscalización, seguimiento y control ciudadanos, tanto directos como indirectos (a través de los órganos de representación democrática). Es en este contexto en el que se ubica el control político de los parlamentos.

28 Vallès J.M. (2003) Ciencia Política. Una introducción. Barcelona, Ariel

29 Pindado Sánchez, F. La participación ciudadana es la vida de las ciudades, Ediciones del Serbal, Barcelona, Primera edición, 2008. Páginas 32, 33

En el caso colombiano el control político que ejerce el Congreso de la República sobre el Gobierno nacional tiene una amplia tradición en su historia constitucional, que se remonta a las primeras constituciones del Siglo XIX, se traslada a la Constitución Política de 1886 y se fortalece en la de 1991, la cual refleja la especial preocupación del Constituyente por garantizar espacios de control suficientes para las decisiones públicas de mayor trascendencia social:

*“El deber del Congreso de vigilar la actividad de la administración, así como la función de juzgar a los más altos funcionarios del Estado, data de los inicios del proceso constitucional colombiano. En efecto, Constituciones como la del Estado de Tunja de 1811 (Art. 35) y las del Estado de Antioquia de 1812 (Art. 35) y de 1815 (Título III, Art. 19), ya consagraban el deber de la rama ejecutiva de presentar ante el Congreso un estado de cuentas de los gastos e inversiones realizadas en el año anterior; en otras palabras, se establecía un control político del órgano legislativo, el cual se manifestaba mediante la revisión y aprobación del presupuesto nacional. Por su parte, la facultad del parlamento de juzgar a los más altos funcionarios del Estado, era reconocida por Constituciones como la de Cundinamarca de 1811 (Arts. 46-49), la de Antioquia de 1812 (Título III, Sección 3a, Art. 10), la de la República de Colombia de 1830 (Art. 51) y la de la Nueva Granada de 1853 (Art. 21), entre otras.*

*La Carta Política de 1886 estableció, en su artículo 103 (numerales 4o. y 6o.), la facultad del Congreso de solicitar al Gobierno informes escritos o verbales para conocer los actos de la administración y de citar a los ministros para que concurrieran a las cámaras para rendir los informes verbales que estas le solicitaran. Adicionalmente, el numeral tercero del artículo 102 del mismo Estatuto, facultó a la Cámara de Representantes para examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del presupuesto y del tesoro que presente el contralor. Como puede observarse, en la citada Constitución se incluyeron algunas de las manifestaciones más importantes del control político que el Congreso debe ejercer sobre el ejecutivo, la cuales obedecen a los instrumentos que el sistema de gobierno presidencial le otorga a la rama legislativa para vigilar, examinar y evaluar las actividades de la administración. No sobra agregar que, al igual que los preceptos constitucionales anteriores, la Carta de 1886 también otorgó plenas facultades a la Cámara de Representantes y al Senado de la República, para investigar y juzgar a determinados funcionarios del Estado -presidente, ministros, procurador, magistrados- por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o indignidad por mala conducta (Arts. 96, 97 y 102). Por lo demás, el control político del Congreso fue reforzándose en las sucesivas reformas constitucionales, particularmente en la de 1968, que racionalizó, por así decirlo, el procedimiento para la citación y comparecencia de los ministros a las Cámaras y a sus comisiones permanentes.*

*Como es sabido, uno de los principales objetivos de la convocatoria ciudadana de la Asamblea Constituyente de 1991, fue la de modificar al órgano legislativo del poder público, con el fin de que el Estado colombiano contara con un Congreso responsable, eficiente y capaz de fiscalizar los actos del gobierno. En efecto, dentro del seno de dicha Corporación, se plantearon diferentes propuestas relacionadas con el control político por parte del Congreso, todas ellas caracterizadas por la necesidad de modificar sustancialmente el régimen constitucional anterior sobre la materia”<sup>30</sup> (Se resalta).*

Así, el artículo 114 constitucional establece tres tipos de funciones para la rama legislativa del poder público: *“Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración (...)”*. Como se observa, esta disposición agrega a las clásicas funciones de “reformar la Constitución y hacer las leyes”, la de ejercer el control político, que en los regímenes parlamentarios resulta ser función principalísima.

La específica función de control político enunciada como competencia general del Congreso de la República en el citado artículo 114 -y que es consecuencia necesaria del carácter representativo de esa Corporación-, tiene múltiples expresiones en la Constitución Política de 1991, tales como *“la moción de censura y la citación de los ministros (C. P. art. 135-8-9); el control sobre los estados de excepción (C. P. arts. 212, 213 y 215), y también la presentación de informes del Gobierno al Congreso en relación con sus acciones y ejecutorias (C. P. art. 136-3, 150-9, 150-9 y 189-12)”*<sup>31</sup>. También se ejerce a través de las funciones de aprobación presupuestaria en cuanto forman parte *“de la supervisión que ejerce el parlamento, que se soporta en la mejor manera de llevar adelante la rendición de cuentas por medio de un proceso transparente y eficiente en el manejo de los recursos”*<sup>32</sup>. Incluso dicho control político puede manifestarse también en el ejercicio de sus funciones legislativas y constituyente, como cuando, por ejemplo, el Congreso de la República no aprueba un proyecto de ley o de acto legislativo de iniciativa gubernamental (lo que significa que no comparte la visión del ejecutivo) o lo objeta por inconveniencia, caso en el cual, como manifestación de su carácter democrático y de la importantísima función que cumple, prevalecen sus consideraciones de oportunidad por sobre las del Gobierno (artículo 167).

Por tanto, aún a pesar de no haber acogido el constituyente primario un sistema parlamentario, entendió que las funciones de control político eran consustanciales al Congreso de la República (órgano político) como depositario por excelencia de la democracia representativa y foro natural y principalísimo para debatir los grandes asuntos nacionales.

Se ha señalado entonces que la fiscalización y el control -características propias de nuestra historia constitucional<sup>33</sup>-, son inmanentes a la estructura constitucional de división de poderes, y no excepción a la misma, *“pues el control aparece como el instrumento indispensable para que el equilibrio, y con él la libertad, puedan ser realidad”*.<sup>34</sup> Así, como advierte la jurisprudencia, el poder de fiscalización sobre los actos gubernamentales asignado al Congreso de la República constituye *el paradigma de los controles políticos* en las democracias contemporáneas:

*“Entre esos controles necesarios sobresale por su especificidad y por el carácter democrático y pluralista que lo inspira, el control ejercido sobre el Gobierno por parte del órgano de representación popular. En efecto, el control que ejerce el legislativo sobre el gobierno es el paradigma de los controles de índole política, toda vez que, independientemente que se trate de un sistema parlamentario o presidencial, no puede ignorarse que al órgano ejecutivo se le ha dotado de facultades para la dirección del Estado, haciendo indispensable la adopción*

31 Sentencia C-246 de 2004.

32 Sentencia C-540 de 2012.

33 Sentencia C-246 de 2004.

34 Sentencia C-246 de 2004.



*de herramientas de control que garanticen el equilibrio entre los poderes constitucionales. De ahí que el Congreso, como máximo representante de la comunidad y tutor del principio democrático, esté llamado a ejercer una función especial que es la de contrapeso o control político frente a la actividad del Ejecutivo, con lo cual se produce una transformación en el rol que desempeña aquél órgano en el escenario de las instituciones estatales, pues aparte de su función primigenia de legislar debe controlar al que gobierna, es decir, al Ejecutivo, asegurando de esta forma un balance en el ejercicio del poder público.*

En la práctica dicho control consiste en una valoración crítica, una suerte de vigilancia o fiscalización que hace el órgano legislativo acerca de la actuación del gobierno. En este tipo de control, la decisión, acto o decisión del ente controlado más que analizarse frente a una norma en concreto se enfrenta a la valoración política del legislativo. Además, en la praxis de este control político el elemento oportunidad juega un papel significativo, dado que puede ser ejercido cuando se estime políticamente más conveniente, con excepción de aquellos casos en que la Ley Fundamental señale el momento exacto en que debe aplicarse. Igualmente, desde el punto de vista de sus efectos el control político puede acarrear sanciones, aunque esta no es propiamente una de sus características esenciales, ya que en él lo relevante es la simple actividad de freno o limitación. Otro aspecto relevante en el control político es su imparcialidad, pues es indispensable que el órgano legislativo mantenga la suficiente distancia en relación con el Ejecutivo a fin de que al ejercer vigilancia no invada la órbita funcional del Ejecutivo y termine ejerciendo sus funciones, o desconociendo los atributos y competencias que la Carta le ha asignado<sup>35</sup>.

La Corte Constitucional ha señalado también que la finalidad del control político se dirige *“a la opinión pública y pretende enterar a los ciudadanos sobre asuntos de interés general y generar debate al respecto”*<sup>36</sup>, de modo que uno de sus principales objetivos es, como sería en el caso analizado, *“escrutar y emitir juicios dirigidos a la opinión pública o a las instituciones sobre el asunto objeto de control”*<sup>37</sup>.

Pero además ha precisado (lo cual es especialmente relevante para esta consulta) que el control político asignado al Congreso de la República en la Constitución Política de 1991 tiene una tesitura *amplia*, la cual excluye visiones reduccionistas que limiten el alcance de dicho control a los específicos mecanismos y procedimientos expresamente previstos en la Constitución y la ley:

***“En primer lugar, se comprende la amplitud de alcance del control político. Este no se circunscribe únicamente a los específicos mecanismos de control descritos en la Constitución y en la Ley, sino que puede realizarse a través de distintas actividades que realizan el Congreso o sus comisiones. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre con el control jurídico, las modalidades de control político gozan de validez material, en el entendido en que por su naturaleza resulta imposible determinar a priori y de forma taxativa los eventos en que puede tener lugar su ejercicio.*”**

35 Sentencia C-246 de 2004. En Sentencia C-317 de 2003 se dijo igualmente: “De la misma manera, el Estado democrático supone la adopción de recíprocos controles entre las ramas del poder, para que no impere la voluntad aislada de una de ellas. Es, pues, esencial que quien ejerza el poder, a su vez sepa que es objeto de control en su ejercicio. Es esa la razón por la cual al Ejecutivo lo vigila y controla desde el punto de vista político, el Congreso de la República que, además de la función de legislar ejerce como representante de la voluntad popular esa trascendental función democrática”.

36 Corte Constitucional, Auto de Sala Plena 330 de 2008.

37 *Ibidem*.



*En otro sentido, se puede concluir igualmente, que los fines del control político se han extendido con el paso del tiempo, pues este ya no es solamente un instrumento para hacer efectiva la responsabilidad política del Gobierno, sino que ha terminado por convertirse en un instrumento para ventilar las principales preocupaciones de la sociedad y en un canal de comunicación entre el Congreso y la opinión pública. De ahí, que en la concepción actual de control político, se haya extendido también el número de sujetos controlables, lo cual ha supuesto la ampliación acompañada del ámbito de actividades susceptibles de control, que pasó de unas pocas y trascendentales decisiones del poder ejecutivo a cualquier atribución de carácter constitucional o legal encabeza de los poderes públicos y privados.*

*Por esto, hoy en día resultaría inadecuado intentar definir el control político, desde una visión reduccionista en cuanto a los sujetos sobre los cuales recae el objeto del control y sus finalidades. En definitiva, se trata de una competencia que se debe adecuar a las necesidades de los cuerpos representativos y a los intereses de la sociedad. Y, se puede añadir que este planteamiento fue acogido por la Carta de 1991, y conduce al fortalecimiento (o repotenciación) del control político y, tal como han señalado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, el ordenamiento constitucional colombiano actualmente vigente se caracteriza por un fortalecimiento del Congreso en comparación al papel asignado al órgano legislativo antes de la actual Constitución<sup>38</sup> (Se resalta).*

Entonces, si el control político a cargo del Congreso de la República debe adaptarse a las necesidades de los cuerpos representativos y a los intereses de la sociedad y servir como instrumento para ventilar las principales preocupaciones de la sociedad, ¿podría excluirse de ese control la política pública de paz que adelanta el Presidente de la República, siendo esa política uno de los asuntos de mayor impacto para la colectividad? *Prima facie* la respuesta tendría que ser negativa pues no parecería entendible que el Congreso de la República, aglutinante natural de las diversas expresiones políticas de la sociedad, estuviera al margen de esa discusión. Así, pues, resultaría plenamente aplicable lo señalado por la Sentencia C-379 de 2016 en la que, al revisar la decisión legislativa de permitir la refrendación popular el Acuerdo Final de Paz suscrito con las FARC, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

*“sería contradictorio afirmar simultáneamente que el acuerdo para la superación del conflicto armado es uno de los asuntos más importantes que debe asumir la democracia colombiana contemporánea, pero que a su vez no es válida la previsión de espacios de participación que permitan a los ciudadanos [en este caso al Congreso de la República] expresar su preferencias y manifestar si apoyan o rechazan el Acuerdo Final”. (Corchete fuera del texto)*

De la misma manera resultaría contradictorio y constitucionalmente impropio sostener al mismo tiempo que el máximo órgano de control político tiene la posibilidad de tramitar todas las reformas constitucionales y legales que requiera la implementación de un acuerdo final de paz en desarrollo de sus funciones normativas (esto es que pueda actuar incluso como constituyente derivado), pero que le estaría vedado ejercer su función de control político frente a la política pública de paz contenida en dicho acuerdo.

38 Corte Constitucional, Auto de Sala Plena 330 de 2008, citado en extenso en la Sentencia C-540 de 2012.

Aunque lo señalado sería bastante para considerar que en ejercicio de su función constitucional de control político el Congreso de la República tendría no solo suficiente legitimidad democrática sino también competencia para someter a su escrutinio político las decisiones más trascendentales de la sociedad, como sería precisamente un acuerdo de paz, no escapa a la Sala la importancia de verificar, además, los mecanismos específicos que la Constitución y la ley han previsto para esas especialísimas circunstancias.

## **6.2 Mecanismos de control político en la Ley 5 de 1992**

### **6.2.1 Aspectos generales y estructura**

La forma concreta del cumplimiento de las funciones constitucionales del Congreso de la República se desarrolla en el ordenamiento jurídico colombiano en la Ley 5ª de 1992 *“Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”*. En los seis artículos de sus “disposiciones preliminares” -de carácter general- la ley se ocupa del funcionamiento, las reuniones y la organización del Congreso, y de las cámaras (art. 1º); establece principios de interpretación (art. 2º) que privilegian la celeridad y la corrección formal de los procedimientos -en procura de la eficacia al tiempo que de la constitucionalidad y el orden “de las labores de todo orden del Congreso”-, el respeto por la regla de mayorías al tiempo que el respeto por el derecho de representación, participación y expresión de las minorías, y el celo por que la justicia y el bien común sean siempre consultados.

En cuanto al evento de que en el Reglamento no se encuentre norma aplicable, dispone acudir a otras normas bajo el criterio de semejanza, a la jurisprudencia, y a la doctrina constitucional (art. 3º). De otro lado reitera las reglas generales de nuestro sistema jurídico relativas a la jerarquía de las disposiciones constitucionales (art. 4º) y a la protección de las garantías constitucionales fundamentales (art. 5º).

El artículo 5º señala como vicio de procedimiento insubsanable respecto de la Constitución Política la transgresión de lo dispuesto por el artículo 149 constitucional:

*“Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes”.*<sup>39</sup>

Este artículo debe entenderse como expresión del principio de legalidad en el sentido de que el Congreso está obligado a respetar la Constitución y la Ley en el ejercicio de sus funciones, y es por tanto una norma de protección del Estado de Derecho, de la democracia, de las libertades, de la ciudadanía, de las minorías, y de auto protección del reglamento mismo, todo connotado por la trascendental importancia que adquiere el respeto de la legalidad por parte de la rama legislativa del poder público.

Con relación a las formas y su incidencia en la constitucionalidad de las leyes, la

<sup>39</sup> El artículo 75º de la Constitución de 1886 ya contemplaba esta prohibición, por lo demás común a muchas constituciones políticas por razones obvias.

jurisprudencia se ha detenido en los **principios de publicidad, instrumentalidad de las formas e *in dubio pro legislatoris***. Por vía de ejemplo, en la **Sentencia C- 786- 12**, se lee:

*“... la jurisprudencia constitucional ha expresado que las normas que, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, regulan el trámite de la adopción de la ley, están dirigidas a permitir un proceso deliberativo, participativo, regulado, transparente, igualitario, en el cual puedan intervenir de una manera pluralista las diferentes corrientes del pensamiento que encuentran su espacio en las corporaciones que ostentan la representación popular, y en el cual las decisiones normativas tienen una presunción de corrección normativa. Lo anterior, en razón a que precisamente estas decisiones legislativas han sido el resultado de la deliberación democrática que cumple con una serie de requisitos mínimos y presupuestos normativos básicos de carácter procedimental, cuya finalidad no es otra que garantizar que las decisiones en el espacio democrático sean fruto de una reflexión ponderada.”<sup>40</sup>*

*En este sentido, todas las reglas constitucionales y legales de carácter procedimental relativas al trámite de las leyes en el Congreso, se orientan a asegurar que pueda cumplirse el debate y la aprobación en debida forma y que se atienda a la realización de unos principios sustantivos, entre los cuales cabe destacar la garantía para la formación y expresión de la voluntad legislativa de manera libre e ilustrada; el respeto, tanto de la regla mayoritaria, como de los derechos de las minorías; la suficiencia de las oportunidades deliberativas; y de manera especial para el caso bajo estudio, la publicidad de los asuntos debatidos, no solo como presupuesto para el debate entre los congresistas, sino como derecho de la ciudadanía general, y respeto de la función representativa y deliberativa que cumplen los congresistas.”<sup>41</sup>*

...

*Cuando se trata de analizar la constitucionalidad de una norma debido a la ocurrencia de vicios de procedimiento en el trámite legislativo, la Corte Constitucional ha expresado que debe tener en cuenta los principios de instrumentalidad de las formas; y el *in dubio pro legislatoris*”.*

Lo anterior permite resaltar además que la Ley 5 de 1992, orgánica del funcionamiento del Congreso de la República, opera como un sistema de autolimitación que el propio legislador no puede excepcionar arbitrariamente y para casos individuales.

Por otra parte el Congreso no escapa a la previsión constitucional que defiere a la ley la potestad de asignar competencias (“Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley...”), vale decir que no obstante ser la rama legislativa la encargada de hacer las leyes, cualquier función que pretenda desempeñar tiene por fuerza que afincarse en una norma constitucional o legal precisa que le conceda soporte en términos de competencia. Puede afirmarse para sintetizar que la competencia es condición necesaria, no suficiente, para que el Congreso ejerza determinada función, y que ejercer dicha función acatando la Constitución, la ley en general y el Reglamento en particular, viene a ser la condición suficiente para su ejercicio legítimo -sin perjuicio del control constitucional que pudiere corresponder en cada caso-.

40 Consultar Sentencias C-760 de 2001 y Sentencia C-760 de 2001, entre otras.

41 Ver Sentencia C-168 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Así, pues, se ocupa la Sala enseguida del examen de la ley que hipotéticamente podría deferir al Congreso competencias del carácter político que se viene examinando, interpretadas, como se dijo inicialmente, bajo la premisa de que la Constitución Política regula un control político amplio que le debe permitir al Congreso de la República debatir y pronunciarse sobre las decisiones de mayor trascendencia para la sociedad, pues como ya se señaló y ahora se reitera el control político *“no se circunscribe únicamente a los específicos mecanismos de control descritos en la Constitución y en la Ley, sino que puede realizarse a través de distintas actividades que realizan el Congreso o sus comisiones”*<sup>42</sup>.

En el contexto que ofrecen los cinco artículos de las disposiciones preliminares –antes citados-, mediante el artículo 6º se desarrolla el artículo 149 superior a través de precisar las clases de funciones del Congreso. Interesa al asunto bajo examen la función de control político prevista en el numeral 3 de dicho artículo 6º:

*“El Congreso de la República cumple... 3. Función de control político, para requerir y emplazar a los Ministros del Despacho y demás autoridades y conocer de las acusaciones que se formulen contra altos funcionarios del Estado. La moción de censura y la moción de observaciones pueden ser algunas de las conclusiones de la responsabilidad política”;*

Por su parte el artículo 29 se ocupa de la moción de censura: *“Concepto. Por moción de censura se entiende el acto mediante el cual el Congreso en pleno, y por mayoría absoluta, reprocha la actuación de uno o varios Ministros del Despacho dando lugar a la separación de su cargo”*.

Más adelante, el Reglamento (Ley 5ª de 1992 de la que la Sala se viene ocupando) se adentra en los detalles relativos al control político en el Capítulo décimo, que regula “las Funciones de Control y Audiencias” del Congreso de la República, así:

- i. La Sección 1a. se refiere a las **Citaciones en general**, no solo al Gobierno sino a los particulares, y a las indagaciones que puede emprender el legislativo –*“indagaciones parlamentarias”*- (Artículos 233-236).
- ii. La Sección 2a. (artículos 237-243) hace referencia a la **Citación para Información**, mediante la cual *“Los Senadores y Representantes podrán formular preguntas al Gobierno y a sus voceros o representantes, en las Comisiones o en las plenarios de las Cámaras”* (Art. 237). La textura meramente informacional de este tipo de citaciones viene ilustrada de manera precisa por el Artículo 243: *“Contestación por escrito. La contestación por escrito a las preguntas deberá realizarse hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de cumplirse la citación”*.
- iii. La Sección Tercera (artículos 244-248) regula la **Citación para discusión de políticas y/o temas generales**.
- iv. La Sección 4a. regula la **Citación para debates a Ministros**, para responder a cuestionarios escritos (artículos 249-253). Según el Art. 249 *“Cada Cámara podrá*

*citar y requerir a los Ministros para que concurran a las sesiones que estimen conducentes...”. El artículo regula la manera en que “los Ministros deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados” y otros detalles operacionales aplicables también “cuando se trate de citación de funcionarios públicos, de los gerentes o directores de empresas privadas, de los miembros de sus juntas directivas que por concesión presten servicios públicos”*

El Art. 252 regula lo concerniente a la conclusión del debate: *“El debate concluirá con una proposición aprobada por la plenaria declarando satisfactorias las explicaciones. En caso contrario, se formulará nuevo cuestionario y se señalará nueva fecha. Si en este segundo evento de igual manera no satisfacen las explicaciones, podrá estudiarse la moción de censura y su procedencia, en los términos de la Constitución y el presente Reglamento”* (negrilla fuera de texto). La moción de censura se refiere a los Ministros del Despacho y como arriba quedó dicho puede dar lugar a la separación del cargo. Otra conclusión del debate es la que toma la forma de moción de observación, que afecta a alguno de los funcionarios citados. Para los efectos del presente concepto interesa a la Sala destacar el contenido de la Sección 3ª: *Citación para discusión de políticas y/o temas generales.*

### **6.2.2 Citación para discusión de políticas y/o temas generales.**

La sección Tercera del Capítulo décimo de la ley 5ª de 1992-Funciones de Control y Audiencias del Congreso de la República- de que se viene ocupando la Sala, regula detalladamente en sus artículos 244, 245 y 246 lo atinente a la formulación, la forma de presentación, la inclusión en el Orden del Día y la sustanciación de las observaciones que dan origen a la citación para discusión de políticas y/o temas generales:

#### **“SECCIÓN 3a.**

#### **Citación para discusión de políticas y/o temas generales.**

**Artículo 244. Formulación.** *Los Senadores y Representantes podrán formular observaciones al Gobierno, por medio de sus voceros o representantes, en las Comisiones o en las Plenarias de las Cámaras. Para este efecto, las Mesas Directivas definirán días y hora para que los Ministros, cuando se trate de citarlos de este modo, concurran cumplidamente.*

*La fecha será comunicada al Congresista requeriente (sic) y al funcionario citado con una copia de las observaciones.*

**Artículo 245. Forma de presentación.** *Las observaciones habrán de presentarse por escrito ante la Presidencia, y versarán sobre los motivos de la gestión gubernamental o propósitos de la conducta de los funcionarios en cuestiones de política general.*

**Artículo 246. Inclusión en el Orden del Día.** *Transcurridos cinco (5) días calendario después de la publicación de la observación en la Gaceta del Congreso, será incluido en el Orden del Día correspondiente. Su trámite se desarrollará en la sesión que para el efecto fije con la debida anticipación la Mesa Directiva.*

**Artículo 247.** *Sustanciación. Las observaciones serán sustanciadas dando lugar a un turno de exposición por su autor, a la contestación del interpelado y a sendos turnos de réplica. El autor y el citado no podrán ser interpelados antes de terminar su intervención. Las primeras intervenciones no excederán de quince (15) minutos, ni las de réplica de cinco (5) minutos”.*

Esta sección se cierra con el artículo 248 que da cuenta del desiderátum posible del debate en cuestión:

**“Artículo 248.** *Proposición concluyente. Toda observación podrá dar lugar a una moción en que la Cámara Legislativa manifieste su posición. La proposición deberá presentarse a más tardar el día siguiente al de la sustanciación. Siendo procedente, se incluirá en el Orden del Día, si fuere en esta oportunidad. El debate y votación se realizarán de acuerdo con lo establecido para las proposiciones”.*

Esta función se diferencia claramente de la que apunta a obtener información de parte del gobierno, tanto como de la que por medio de la formulación de un debate a un ministro del despacho podría –mediante la moción de censura- terminar forzando su dimisión, que remite a la responsabilidad política de la administración. La responsabilidad política resulta ser ubicua en todo lo que tiene que ver con el ejercicio del poder que la Constitución y las leyes defieren a los funcionarios públicos, y se manifiesta de múltiples maneras.

En las democracias parlamentarias esa responsabilidad tiene lo que se puede denominar un sentido estricto, el cual ha sido trasladado con las condignas limitaciones a algunos regímenes presidenciales. En efecto y como quedó consignado en precedencia, la Constitución colombiana de 1991 -artículo 114- asigna al Congreso de la República las funciones de “reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración”. El control político ejercido por el Congreso en el caso específico de la moción de censura se dirige contra los ministros y jefes de departamento administrativo. El artículo 76 de la extinta Constitución de 1886 no contemplaba para el Congreso otra función principal que la de hacer las leyes, con lo que es la Constitución Política de 1991 la encargada de apropiar a las condiciones del sistema presidencial la figura del control político con formas, fines y resultados específicos<sup>43</sup>, como ya se dijo.

Las tratadistas Antonia Navas y Florentina Navas<sup>44</sup> parten del conocido hecho de que en los sistemas parlamentarios la función de control político de la actividad del Gobierno es “una de las funciones de mayor relevancia del Parlamento”, para, acto seguido, proponer la distinción de tres tipos de control en los términos que enseguida se sintetizan:

- El control-fiscalización (preguntas, interpelaciones, mociones), no implica necesariamente la dimisión del Gobierno.

43 Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta constitucional No. 54; 17 de abril de 1991, pág. 4: “Las Constituciones Colombianas, sin excepción, otorgan al Legislativo la responsabilidad del control político, hoy sin embargo, el balance del ejercicio de la potestad fiscalizadora, revela tal impotencia histórica del parlamento, que puede afirmarse que el control es a la inversa, es decir que en Colombia, es el Ejecutivo el que ejerce el control político del Parlamento (...) Al contrario de lo que ocurre en las democracias occidentales, en Colombia la tendencia no es fortalecer la función natural del Legislativo en relación con el Ejecutivo sino que ha llegado al extremo de prohibirla estableciendo en la Constitución Nacional que el Congreso esté impedido para dar votos de censura respecto de los actos oficiales. Esta ha sido una de las causas más notables de los abusos del poder por parte del Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado, puesto que no existen en la práctica mecanismos para ejercer efectivamente la vigilancia, la calificación y la sanción política a determinadas conductas del Gobierno”

44 Navas, A. y Navas, F. *El Estado Constitucional*. Editorial Dykinson. Madrid 2009. Páginas 515 y siguientes.

- El control-fiscalización-responsabilidad difusa, es un modo de “control indirecto” cuyo destinatario es la opinión pública y por ende el cuerpo electoral. Según las autoras “la mejor manera de influir en la voluntad de la “opinión pública” entendida como un potencial elector es, precisamente, demostrando la ilicitud de la actividad gubernamental y, presentándose de ese modo, aquel grupo parlamentario de la oposición que solicita la investigación, como una auténtica alternativa de gobierno”.
- El control-responsabilidad (la investidura, la confianza y la moción de censura) “lleva aparejada como sanción jurídico-política la dimisión del gobierno...”

De conformidad con lo que la Sala viene estudiando en relación con el control político -asignado como función al Congreso en Colombia desde la Constitución de 1991-, puede afirmarse que lo que en la doctrina española se conocería como “control-responsabilidad” es la figura próxima a lo que la Ley 5ª de 1992 denomina *Citación para debates a Ministros*, cuyo desiderátum podría ser la moción de censura y la separación del cargo en cabeza del ministro concernido.

De otro lado, la figura que la ley prevé como *Citación para discusión de políticas y/o temas generales*, que resulta aplicable al asunto consultado, combina elementos del “control-fiscalización” que no tiene que ver con separar del cargo a ministros (preguntas, interpelaciones, mociones), y del “control-fiscalización-responsabilidad difusa”. Este último está ligado de manera directa a la actividad política de las organizaciones que pugnan por el poder político en el sentido de mostrarse frente al cuerpo electoral como “alternativa de gobierno”, lo que explica que su naturaleza sea **general** y su desenlace no tome la forma inmediata de dimisiones en el gobierno.

Se trata en efecto de un espacio de discusión de políticas públicas cuya responsabilidad está deferida al gobierno, pero sobre las cuales el Congreso puede, si así lo decide en cabeza de uno de sus miembros, citar al ejecutivo para los efectos de que sean presentadas ante la rama legislativa. En el ordenamiento jurídico colombiano vigente (artículo 248 de la Ley 5ª de 1992) un tal debate sobre políticas puede dar lugar a una manifestación parlamentaria a manera de proposición concluyente. El Gobierno, insiste la Sala, es por definición interpellable en su condición de depositario de la confianza pública por la más diversa clase de actores, entre ellos y con particular relevancia por el Congreso; a su vez, las mayorías parlamentarias devienen interpellables por las leyes que aprueben y, claro está, por sus decisiones de control político, por parte de cualesquiera actores de la vida política, social, cultural y económica que en ellas pudieran tener interés. Esto último, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política, modificado por el artículo 5º del A.L. 01 de 2009, según el cual: ***Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.*** (Negrilla fuera de texto).

Siguiendo a Dahl puede afirmarse que “*asumir responsabilidad significa determinar lo que uno debe hacer, y esto requiere adquirir conocimiento, reflexionar sobre las motivaciones,*

*predecir los resultados, criticar los principios vigentes, etc.... La responsabilidad es consecuencia de la capacidad de elección que tiene el ser humano, {los seres humanos} no pueden renunciar a la responsabilidad por sus actos, aunque sí pueden negarse a reconocerla o asumirla”<sup>45</sup>*

### 5.3 Conclusiones

Conforme a lo anteriormente expuesto, la Sala observa que desde el punto de vista de la naturaleza, fines y alcance del control político que el Congreso de la República ejerce sobre el Gobierno nacional (artículo 114 C.P.), resulta conforme a la Constitución que ese cuerpo legislativo, sin perjuicio de sus competencias de producción normativa, pueda hacer, en el contexto de una “*Citación para discusión de políticas y/o temas generales*” de la Ley 5 de 1992 y de la función de seguimiento de la política de paz del artículo 7º de la Ley 418 de 1997, una manifestación política, a título de refrendación, de los acuerdos de paz suscritos por el Presidente de la República. Como señaló la Corte Constitucional en relación con el plebiscito, la Constitución Política no impide acudir a mecanismos de participación democrática que permitan dotar de estabilidad y legitimidad política a los acuerdos de paz suscritos por el Gobierno nacional<sup>46</sup>.

De acuerdo con el transcrito artículo 133 C.P. –que consagra la representación popular en cabeza de los miembros de cuerpos colegiados de elección directa- y en ejercicio de la función constitucional de control político, la refrendación por parte del Congreso debe entenderse como un voto de confianza respecto de la política al mando en el manejo de la paz, con el fin de que la acción pública y estatal en la materia tenga el mayor grado de legitimación democrática posible, producto de las serias discusión y deliberación acerca de los problemas cuya solución reclama con insistencia la sociedad, por manera que –en el caso que ocupa a la Sala en este concepto-, las iniciativas, planes y compromisos asumidos por el Estado en el acuerdo suscrito con las Farc cuenten con una base sólida de estabilidad política.

Debe además recordarse que uno de los principios de la arquitectura constitucional colombiana es la separación funcional de sus órganos pero *con colaboración mutua para el logro de sus fines*<sup>47</sup> y *“articulación a través de la integración de varias fuerzas”*<sup>48</sup> (artículo 113 C.P.), de modo que *“la visión de una rígida separación de los poderes debe ser superada en la concepción que concilia el ejercicio de funciones separadas -que no pertenecen a un órgano sino al Estado- con la colaboración armónica para la realización de sus fines, que no son otros que los del servicio a la comunidad”*<sup>49</sup>.

También debe tenerse en cuenta que la paz es un derecho, un deber y un fin constitucional de carácter esencial (Artículos 2, 22 y 95-6 C.P.)<sup>50</sup>, de modo que *“las*

45 Dahl, Robert. La democracia y sus críticos. 1992. p. 56.

46 Sentencia C-379 de 2016.

47 Sentencia C-449 de 1992, reiterada en Sentencia C-246 de 2004

48 Ibidem.

49 Ibidem.

50 Sentencia C-048 de 2001: *“La Carta de 1991 es una ‘Constitución para la paz’. En efecto, el Constituyente otorgó a la noción jurídica de la paz un triple carácter, pues la consideró un valor de la sociedad, fundamento del Estado y de los derechos humanos (preámbulo); la concibe como un fin esencial que irradia el ordenamiento jurídico y que, como principio, debe dirigir la acción de las autoridades públicas (art. 2). Y, también la entiende como un derecho constitucional (art. 22), que si bien es cierto no es de aplicación inmediata, no es menos cierto que el mandato debe dirigir la acción de los particulares y las autoridades. || Conforme a lo anterior, todos los ciudadanos y las autoridades deben adelantar medidas eficaces no solo para prevenir sino también*



*medidas dirigidas a la búsqueda de la paz y la superación del conflicto armado, tienen un innegable soporte constitucional, que a su vez es respaldado por el andamiaje jurídico que ofrecen diversas normas de derecho internacional*<sup>51</sup>. Y debe recordarse que la consecución de la paz es un objetivo constitucional que vincula a todos los órganos del Estado y que exige una actuación concurrente de los mismos en el marco de sus respectivas competencias.<sup>52</sup>

En consecuencia, si el Presidente de la República toma la decisión política de llegar a un acuerdo de paz, dentro del cual se prevé, como expresión de seguridad y confianza mutua entre las partes y condición de eficacia el acuerdo, que esa decisión será sometida a un mecanismo de legitimación democrática, no cabe una visión reduccionista de la legitimidad democrática del Congreso de la República y de los mecanismos de control político previstos en la Constitución y la ley que lleve a negar esa posibilidad.

Finalmente, la Sala reitera que en cualquier caso una refrendación como la analizada es diferente a la implementación del Acuerdo Final, la cual, en cuanto comporte reformas constitucionales y legales, deberá agotar los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para ese efecto. Por tanto, debe tenerse en cuenta que los efectos de producción de normas en el ordenamiento positivo, como implementación del acuerdo de paz, no se producen automáticamente por la firma del acuerdo ni por su refrendación. Además, en ningún caso, la decisión que adopte el Congreso de la República, con independencia de su sentido, comprometerá a futuro la libertad de configuración normativa que le reconocen la Constitución Política y la Ley 5 de 1992 para el ejercicio de sus funciones normativas.

Conforme a lo anterior,

### LA SALA RESPONDE:

“¿Podría el Congreso de la República efectuar la refrendación sobre el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo?”

Sí. El Congreso de la República puede efectuar la refrendación del nuevo “*Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo*” del 24 de noviembre de 2016, en virtud del mandato representativo y las amplias funciones de control político que le reconoce la Constitución Política. En todo caso, esta refrendación no produce la incorporación del acuerdo a la Constitución ni lo dota de efectos de producción de normas en el ordenamiento positivo; estas tendrían que ser producto específico de la fase de implementación del Acuerdo Final.

---

*para eliminar los actos de agresión y quebrantamiento de la paz. No obstante la generalidad del deber social de ‘propender al logro y mantenimiento de la paz’ (C.P. art. 95-6), la rama ejecutiva es la principal responsable de cumplir con la obligación de adelantar los medios pertinentes y necesarios para proteger la seguridad de los habitantes del territorio nacional”.*

51 Sentencia C-379 de 2016.

52 Ibidem: “29. El cumplimiento de los fines de las medidas de transición hacia la paz pasa por la acción concurrente y coordinada de diferentes poderes públicos, quienes están investidos de competencias constitucionales para el establecimiento de, inclusive, medidas excepcionales dirigidas a la superación del conflicto armado, en los términos anotados”.

La decisión que adopte el Congreso de la República, con independencia de su sentido, en ningún caso comprometerá su libertad de configuración normativa en el ejercicio de las competencias constituyentes y legislativas que le son propias.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.