



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

---

# **Memoria 2016**

---

**TOMO II**

**CONCEPTOS:**

III. CONTRATACIÓN ESTATAL  
IV. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL  
Y DE SEGURIDAD SOCIAL



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

**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 3° 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**

---

<b>PRESENTACION .....</b>	<b>5</b>
---------------------------	----------

**PRIMERA PARTE.**

**LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL AÑO 2016**

<b>I. COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2016 .....</b>	<b>17</b>
<b>II. ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2016 .....</b>	<b>18</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	<b>27</b>
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)	<b>27</b>
<b>5. Organización de actividades académicas y culturales .....</b>	<b>27</b>
5.1. Talleres en materia de pensiones .....	<b>27</b>
<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) .....	<b>28</b>
<b>7. Definición de conflictos de competencias administrativas .....</b>	<b>29</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>
------------------------------------------------------------------------------------	------------

#### **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.	
<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>

#### **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.	
<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> .....	<b>342</b>
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> .....	<b>351</b>
<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” <b>Radicado 2077</b> .....	<b>381</b>
2.	Permiso sindical. Remuneración adicional para directivos docentes. <b>Radicado 2250</b> .....	<b>387</b>
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> .....	<b>402</b>
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> .....	<b>405</b>
5.	Liquidación y reconocimiento de pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de la Universidad Nacional de Colombia <b>Radicado 2205</b> .....	<b>420</b>
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> .....	<b>463</b>

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>

---

# III.

## CONTRATACIÓN ESTATAL

---





## 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.

### Radicado 2252

Fecha: 02/12/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas (E)*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 13 de enero de 2016

El Ministro de Minas y Energía solicita el concepto de la Sala sobre: (i) La viabilidad de prorrogar el contrato de exploración y explotación minera n.º 78-88, suscrito el 23 de agosto de 1988 entre Carbocol S. A. (en adelante Carbocol) y Drummond Ltda. (en adelante Drummond), y (ii) la interpretación y aplicación del componente denominado “rendimiento de la inversión”, incorporado en la fórmula de liquidación de las regalías estipulada en el citado contrato.

### I. Antecedentes

Los antecedentes de la consulta se refieren a los siguientes temas: (i) régimen jurídico del sistema de aporte minero; (ii) características y condiciones generales del contrato n.º 078-88, celebrado entre Carbocol y Drummond; (iii) régimen legal de las contraprestaciones económicas en proyectos de gran minería de carbón; (iv) contraprestaciones económicas estipuladas en el contrato n.º 078-88; (v) solicitud de prórroga del contrato formulada por Drummond, y (vi) interpretación y aplicación del componente de “rendimiento de la inversión”, incluido en la fórmula de liquidación de las regalías pactada en el mencionado contrato.

De cada uno de los temas señalados, la Sala resalta los siguientes puntos:

#### 1. Régimen jurídico del sistema de aporte minero

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 202 de la Constitución Política de 1886, la Ley 20 de 1969<sup>1</sup> reguló la propiedad del Estado sobre los yacimientos y minas que se encontraran en el suelo y en el subsuelo, así como los derechos adquiridos que pudieran tener otras personas sobre tales bienes. El artículo 8º de la citada ley estableció que los yacimientos que constituían “*reserva especial del Estado*” solo podían aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales del Estado o a sociedades de economía mixta que tuvieran una participación oficial igual o superior al 51% del respectivo capital.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1275 de 1970<sup>2</sup>, cuyo artículo 163 fue modificado por el Decreto 257 de 1975, en el sentido de disponer que las entidades descentralizadas

1 “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos”.

2 “Por el cual se reglamentan las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 y si dictan otras disposiciones sobre minas”.

adscritas al Ministerio de Minas y Energía que fueran beneficiarias de áreas concedidas en aporte, podían explorar y explotar dichas zonas directamente o mediante contratos celebrados con terceros.

Posteriormente, la Ley 61 de 1979<sup>3</sup> preceptuó que la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la Nación solo podía efectuarse mediante el sistema de aporte a empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y precisó que se entiende por “aporte” el derecho que el Estado otorga a tales entidades para explorar y explotar las reservas carboníferas, ya sea directamente o por conducto de terceros.

El Decreto 2477 de 1986<sup>4</sup> ratificó lo que dispuso sobre este punto la Ley 61 de 1979, y aclaró que la facultad de explorar y explotar yacimientos de carbón que se otorgaba a ciertas entidades en virtud del aporte, se entendía vigente durante toda la vida económica de los yacimientos. Adicionalmente, el artículo 249 *ibídem* estatuyó que las entidades públicas beneficiarias de los aportes podían determinar libremente “*la oportunidad, duración y condiciones de los trabajos de prospección, exploración, montaje, construcción y explotación, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas y técnicas de las zonas y yacimientos o la situación y perspectivas del mercado interno o externo del carbón*”.

Asimismo, el artículo 78 del citado decreto señalaba que al concesionario minero que hubiese cumplido con todas sus obligaciones, el Gobierno nacional podía otorgarle nuevamente en concesión el derecho a explotar en la misma zona el mineral objeto de su contrato, si así lo solicitaba con un año de anticipación a la fecha de vencimiento del contrato y se sometía a las normas legales y reglamentarias que estuviesen vigentes en esa época.

Más adelante, el decreto ley 2655 de 1986<sup>5</sup> redefinió el aporte minero como el acto por medio del cual el Ministerio de Minas y Energía otorga a sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar depósitos o yacimientos de uno o varios minerales que puedan existir en un área determinada (artículo 48). El mismo decreto reiteró que las entidades titulares del aporte podían realizar la exploración y la explotación directamente o por conducto de terceros.

El artículo 86 *ibídem* ordenó que en los contratos de gran minería que celebrasen los organismos descentralizados, debían incluirse, entre otras condiciones, los plazos de cada una de las actividades a realizar (exploración, montaje, explotación etc.), así como los eventos justificativos de las prórrogas.

Con posterioridad se expidió la Ley 685 de 2001<sup>6</sup>, cuyo artículo 14 dejó a salvo expresamente los derechos adquiridos hasta ese momento en virtud de diferentes clases de títulos mineros, entre ellos los contratos celebrados sobre áreas de aporte. Más específicamente, el artículo 351 *ibídem* prescribió que los contratos sobre áreas de aporte celebrados por las entidades descentralizadas continuarían vigentes, “*incluyendo las prórrogas convenidas*”.

3 “Por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón y se establece un impuesto”.

4 “Por el cual se reglamentan las leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979 y se dictan otras disposiciones”.

5 “Por el cual se expide el Código de Minas”.

6 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.

## **2. Características y condiciones generales del contrato n.º 078-88, suscrito entre Carbocol S. A. y Drummond Limited.**

En virtud del aporte minero otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a Carbocol mediante la Resolución n.º 002857 del 10 de octubre de 1977 (aporte n.º 871), dicha entidad suscribió con la sociedad extranjera Drummond Ltda., el 23 de agosto de 1988, el contrato de gran minería n.º 078-88, para la exploración y explotación de carbón en un área determinada del Departamento del Cesar.

En este contrato se previó que su objeto se cumpliría en tres etapas: exploración, construcción y montaje, y explotación, las cuales se han ejecutado dentro de los siguientes plazos:

(i) Exploración: Desde el 23 de febrero de 1989 (fecha de inicio de la ejecución) hasta el 22 de febrero de 1992.

(ii) Construcción y montaje: Desde el 23 de febrero de 1992 hasta el 22 de febrero de 1995.

(iii) Explotación: desde el 23 de febrero de 1995 a la fecha (esta etapa se extendería hasta el 23 de febrero de 2019).

En la cláusula vigesimosexta del contrato se estipuló que su duración total sería de treinta (30) años contados desde la fecha de inicio (23 de febrero de 1989). En la misma cláusula se acordó que dicho plazo podría ser prorrogado en los eventos descritos en las cláusulas 9.4 y 40. La primera de las estipulaciones citadas se refiere a la posibilidad de ampliar el período de exploración y el consiguiente aplazamiento de las etapas subsiguientes, y la segunda (cláusula 40ª) regula las suspensiones que puede sufrir el contrato por eventos de caso fortuito o fuerza mayor que impidan temporalmente su ejecución.

Finalmente, la cláusula vigesimoséptima (27ª) del mismo documento establece las causas de terminación del contrato.

## **3. Régimen legal de las contraprestaciones económicas para proyectos de gran minería de carbón**

Según el artículo 1º de la Ley 60 de 1967<sup>7</sup>, las condiciones económicas y fiscales que en ese momento establecían las normas mineras, constituían apenas la contraprestación mínima que debía exigirse en los contratos y demás títulos mineros, sin que ello impidiera que en tales actos se pactaran o fijaron condiciones superiores para la nación.

La Ley 61 de 1979 creó el impuesto al carbón, que sería recaudado por el Fondo Nacional del Carbón y equivalía al 5% del valor en boca de mina del carbón extraído. El parágrafo 1º del artículo 4º de dicha ley preceptuó que las personas que celebraran o hubiesen celebrado contratos con entidades oficiales descentralizadas para explorar y explotar carbón, en los cuales se estipularan cánones o participaciones de cualquier clase, pagarían como impuesto

<sup>7</sup> "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre transformación, adjudicación y contratación de minerales".

el mayor valor que resultase de aplicar la tarifa estipulada en ese artículo (5%) o el monto de los cánones y participaciones convenidos.

El artículo 1º del Decreto 2477 de 1986 incluyó en el concepto de “participaciones”, las regalías, los impuestos, los cánones y los demás gravámenes y contribuciones por la explotación de carbón. El artículo 294 ibídem, modificado por el Decreto 3062 de 1986<sup>8</sup>, aclaró que para efectos del artículo 4º de la Ley 61 de 1979, se entendía que el impuesto al carbón estaba conformado por los cánones, regalías o contraprestaciones acordadas, cuando el monto de estos fuera superior al 5% del valor de la producción en boca de mina, liquidado sobre el precio determinado por el Ministerio de Minas.

#### **4. Contraprestaciones económicas estipuladas en el contrato n.º 078-88**

El Capítulo V del contrato 078-88 regula las contraprestaciones económicas que Drummond debe pagar al Estado. Durante la etapa de explotación, dicha compañía está obligada a pagar “regalías” que corresponden, en términos generales, al 15% del precio FOB en boca de mina del carbón, por tonelada vendida, pero nunca menos del 5% del precio FOB de referencia (que se define en el contrato).

Sin embargo, para determinar el precio FOB en boca de mina se deben restar unos factores deducibles, que corresponden principalmente a: (i) los costos directos asociados al manejo logístico del carbón entre la boca de mina y el puerto de embarque, (ii) los costos directos de transporte entre la boca de mina y el puerto; (iii) el monto de la inversión en transporte, y (iv) el rendimiento de la inversión en transporte.

Como se observa, uno de los componentes deducibles es el denominado “rendimiento de la inversión”, para el cual es necesario establecer la amortización acumulada de la inversión, la cual corresponde a la sumatoria de las amortizaciones mensuales efectuadas durante un período de 240 meses. Ese período, según la consulta, se cumplió el 23 de febrero de 2015.

Igualmente, para determinar la amortización de la inversión y el rendimiento sobre la inversión, el contrato estipula unos montos de inversión presunta, en función de la cantidad de toneladas de carbón extraídas al año.

#### **5. Solicitud de prórroga del contrato presentada por Drummond Ltda.**

Desde el año 2009, Drummond ha venido solicitando la prórroga del contrato mencionado, por un nuevo período de treinta (30) años. La primera solicitud fue presentada en el mes de febrero de 2009, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 77 y 352 del Código de Minas (Ley 685 de 2001).

El argumento principal de dicha petición ha sido la aprobación por parte de Ingeominas, el 16 de noviembre de 2007, del “*Plan de operación integrada de los contratos mineros La Loma,*

---

<sup>8</sup> “Por el cual se modifican unos artículos del decreto 2477 de 1986 y se dictan otras disposiciones”.

*El Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa*”, cuya ejecución, según Drummond, demandará inversiones hasta el año 2060 por un monto aproximado de US\$1.500 millones.

Asimismo, la compañía minera argumenta que, conforme al artículo 1º del Código de Minas, la antelación con la que se solicita una prórroga debe entenderse en función de la racionalidad de cada proyecto minero, por lo cual considera que era viable tramitar desde ese momento su solicitud de prórroga.

Dicha petición fue respondida inicialmente por Ingeominas en el sentido de que ninguna norma obliga al Estado a prorrogar el contrato con tanta anticipación. No obstante, dicha entidad manifestó que estaría dispuesta a estudiar la viabilidad de la prórroga, siempre que: (i) se revisara y se modificara el clausulado del contrato, con el fin de acordar mayores beneficios para la Nación, y (ii) se estableciera una regalía o compensación adicional por el mayor riesgo que asumiría la Nación al otorgar la prórroga solicitada con tanta anticipación.

Drummond insistió en su solicitud con base en los mismos argumentos y manifestó, además, que a la solicitud de prórroga presentada debería darse el mismo tratamiento que se había dado a la prórroga de otros contratos, relativos a proyectos similares, cuyos plazos fueron ampliados de mutuo acuerdo con diez (10) años de anticipación y sin exigir el pago de regalías o contraprestaciones adicionales.

Ante esta nueva petición, Ingeominas respondió que cada proyecto es independiente y que la prórroga del contrato que nos ocupa (el n.º 078-88) no está prevista en las normas que resultan aplicables a dicho negocio, ni en el clausulado del mismo, sino que depende solamente de la voluntad de las dos partes. También precisó que para poder prorrogar el contrato desde ese momento, Drummond debería reconocer una contraprestación adicional, equivalente al 5% de las utilidades operacionales anuales de esa firma, derivadas del proyecto.

En el año 2010, la Contraloría General de la República emitió una advertencia sobre el riesgo que implicaría para el patrimonio público prorrogar el contrato con tanta anticipación, sobre todo si se hace de manera precipitada y sin tener a disposición los estudios técnicos y económicos que sustenten esa decisión.

En febrero de este año (2015), Drummond insistió en su solicitud de prórroga del contrato n.º 078-88, solicitud que no ha sido respondida.

## **6. Aplicación del componente de “rendimiento de la inversión” incluido en la fórmula de liquidación de las regalías pactada en el contrato n.º 078-88**

En el año 2013, la Contraloría General de la República, en ejercicio de su función de “control de advertencia”, manifestó que el rubro de “rendimiento de la inversión”, tal como está pactado en la fórmula de liquidación de las regalías estipulada en el contrato n.º 078-88, no correspondía a ninguna metodología aritmética aceptada por las normas contables que se encontraban vigentes en la época en la que dicho contrato fue perfeccionado.

La Agencia Nacional de Minería (en adelante ANM) dio respuesta a la Contraloría, manifestando que ese componente de la fórmula no obedece a una lógica contable, sino financiera, y corresponde esencialmente a la rentabilidad que el inversionista espera recibir por su inversión.

Sin embargo, la Contraloría General insistió en su advertencia, que pasó a calificar como hallazgo de naturaleza administrativa con incidencias disciplinaria y fiscal, por la suma de US\$53.236.989, que equivale, en su criterio, al valor de las regalías dejadas de percibir como consecuencia de la interpretación y aplicación indebidas de la citada fórmula. Además, señala que la tasa acordada en el contrato para calcular el “rendimiento de la inversión”, que corresponde al 16.5%, resulta muy alta para las condiciones actuales del mercado.

En virtud de los anteriores hechos y consideraciones, el Ministro de Minas y Energía formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

*“5.1 Teniendo en cuenta que en el contrato n.º 078-88, ni en la ley vigente en la fecha de su celebración, (23 de febrero de 1989) (sic), se establecía de manera expresa la prórroga del mismo, ¿es posible en aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes previsto en el artículo 78 del Decreto ley 2655 de 1.988 en consideración a las características del régimen bajo el cual fue suscrito el contrato (aporte), o en virtud de lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley 685 de 2001<sup>9</sup>, prorrogar su término de duración más allá del 23 de diciembre (sic) de 2019 y por un plazo de treinta años?”*

*5.2 En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿puede la Autoridad Minera Nacional Concedente, renegociar las condiciones económicas, técnicas, sociales y ambientales inicialmente acordadas [en] el contrato 078-88 para hacerlas más favorables al Estado, incluyendo la posibilidad de cobro de contraprestaciones económicas (fuera de las regalías) adicionales a las inicialmente pactadas?”*

*5.3 ¿Puede el Estado colombiano a través de la Agencia Nacional de Minería y con posterioridad al 23 de febrero de 2015, seguir aplicando el componente de la amortización acumulada en el cálculo del rendimiento de inversión, teniendo en cuenta que se ha cumplido el término previsto en la variable 1/240 establecido en la fórmula de liquidación de regalías?”*

Es importante aclarar que dentro del trámite de esta consulta, la Sala solicitó información y documentos adicionales y realizó dos (2) audiencias, el 30 de julio de 2015 y el 19 de octubre del mismo año. En esta última, el Ministerio de Minas y Energía aclaró que el objetivo fundamental que persigue con la última de las preguntas formuladas (la indicada en el numeral 5.3) es conocer la opinión de la Sala sobre la legalidad o ilegalidad de la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato n.º 078-88.

<sup>9</sup> “[2] Artículo 352. Beneficios y prerrogativas. Los términos, condiciones y obligaciones establecidas en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados, serán cumplidas conforme a dichas leyes y a las cláusulas contractuales correspondientes, sin perjuicio de serles aplicables los beneficios de orden operativo y técnico, así como las facilidades y eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en este Código, con excepción de las referentes a las condiciones o contraprestaciones económicas. En lo que corresponde a la reversión de bienes, se estará a lo dispuesto en el artículo 113 y 357 de este Código”.

## PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta a estos interrogantes la Sala analizará en su orden los siguientes aspectos: (i) La exploración y explotación de carbón por el sistema de aporte de áreas - el aporte n.º 871 otorgado a Carbocol; (ii) el contrato de gran minería n.º 078-88 suscrito entre Carbocol y Drummond: naturaleza jurídica y régimen legal al cual está sometido; (iii) viabilidad de prorrogar el citado contrato, y (iv) fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato n.º 078-88.

### **A. La exploración y explotación de carbón por el sistema de aporte. El aporte n.º 871 otorgado a Carbocol S. A.**

El artículo 202 de la Constitución Nacional de 1886 estableció que pertenecían a la República de Colombia los siguientes bienes, entre otros:

*“(...) 2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados...”*

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

Con base en este canon constitucional, la Ley 20 de 1969 reiteró la propiedad del Estado sobre todas las minas que se hallaran en el territorio nacional y reguló los eventos y las condiciones en que los particulares podían invocar excepcionalmente derechos adquiridos sobre tales minas<sup>10</sup>. El artículo 8º de dicha ley dispuso, en lo pertinente:

*“Artículo 8. Todas las minas que pertenezcan a la Nación inclusive las de piedra y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radioactivas, **quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.***

(...)” (Se resalta).

Esta ley fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1275 de 1970, cuyo artículo 29 señaló que la exploración técnica, la explotación económica y el beneficio de minas de propiedad nacional, podían efectuarse mediante los sistemas de aporte, de concesión y de permiso, conforme a las definiciones y reglas contenidas en dicho decreto.

En punto a los aportes, el artículo 163 ibídem, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 257 de 1975, dispuso que estos podían hacerse a favor de *“empresas comerciales e industriales del Estado, de entidades financieras oficiales cuyas funciones tengan relación*

<sup>10</sup> Esta ley fue interpretada *“con autoridad”* mediante la Ley 97 de 1993, en lo referente a la propiedad que excepcionalmente pueden tener particulares sobre yacimientos de hidrocarburos descubiertos.

con la explotación minera o de los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Minas y Energía”, y precisó que dichas entidades podían explorar y explotar las respectivas zonas directamente “o por medio de contratos con terceros”.

Por otra parte, el artículo 160 del Decreto 1275 de 1970 estableció que el objeto del aporte consiste en la exploración, la explotación, el beneficio y la transformación de los minerales que se encuentren en la zona aportada, conservando la Nación la propiedad sobre los respectivos yacimientos; y el artículo 162 *ejusdem* preceptuó que el aporte se entendía otorgado “por toda la vida económica del yacimiento o yacimientos que se trate, pero caducará en los casos previstos...” en ese decreto.

El Decreto 2533 de 1973<sup>11</sup> declaró como reserva especial del Estado los yacimientos de carbón ubicados en diferentes áreas del territorio nacional, incluyendo una zona del Departamento del Cesar, y estableció que las referidas minas podían ser objeto de aporte o de concesión en favor de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta con una participación oficial igual o superior al 51% en su capital, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 20 de 1969.

Vale la pena mencionar, desde ahora, que con base en las disposiciones citadas, el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución 2857 de 1977, decidió otorgar de oficio, “a título de aporte a la empresa Carbones de Colombia S. A. ‘Carbocol’ los yacimientos de carbón y minerales asociados, existentes en una zona de 317.254 hectáreas, situada en jurisdicción de los municipios de Agustín Codazzi y Chiriguáná, Departamento del Cesar...”. Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 preceptuó lo siguiente:

**“Artículo 1º. A partir de la vigencia de la presente ley la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la Nación solo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad.**

**Para los efectos del inciso anterior, entiéndese por aporte el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional. Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares.**

**En el sistema de aporte las empresas oficiales beneficiarias no estarán sujetas a la limitación de áreas, ni a los términos de exploración, montaje y explotación a que están sometidos los sistemas de licencias, permisos y concesiones de que trata el Decreto 1275 de 1970. (...)**” (Se destaca).

Más adelante se dictó el Decreto 2477 de 1986, mediante el cual, so pretexto de reglamentar las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979, se expidió una regulación completa o integral del tema minero, a manera de un verdadero código de minas.

11 “Por el cual se declaran de reserva especial unos yacimientos y se dictan otras disposiciones”.



El artículo 1º de este decreto actualizó las definiciones de “gran minería de carbón” y de “reserva minera especial”, entre otros conceptos. La misma norma, en armonía con el artículo 15, ratificó que los yacimientos que constituyen “reserva especial del Estado” solamente podían aportarse o concederse a favor de empresas comerciales e industriales del Estado o de sociedades de economía mixta que tuvieran una participación estatal no inferior al 51% de su capital.

El artículo 127 *ibidem* reiteró que el derecho a la exploración, explotación, beneficio y transformación involucrado en el aporte se otorgaba por toda la vida económica del yacimiento respectivo, pero que podía ser cancelado en los casos previstos en ese decreto, que correspondían a los mismos eventos en los que se podía decretar la caducidad de las concesiones y la cancelación de las licencias de exploración (artículo 141).

El artículo 129 de la misma normatividad disponía que las entidades públicas que fueran beneficiarias de los aportes podían llevar a cabo directamente las labores de exploración, explotación, montaje, beneficio y transporte, o encargar tales actividades a terceros mediante contratos de asociación, operación, servicios, administración o de cualquier otra clase, salvo el de concesión.

De acuerdo con los artículos 130 y 148 *eiusdem*, los titulares del aporte podían ceder los derechos emanados del mismo a favor de cualquier persona natural o jurídica, pero en ningún caso de gobiernos extranjeros.

El artículo 242 del mismo decreto ordenó que a partir del 25 de enero de 1980, la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad nacional, se hiciese únicamente mediante el sistema de aporte, entendido este como el acto administrativo mediante el cual la nación, por intermedio del Ministerio de Minas y Energía, inviste a una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con la facultad de explorar y explotar las reservas de carbón que puedan encontrarse en el suelo o en el subsuelo de una zona determinada. La misma disposición reiteró que tales derechos se otorgaban por toda la vida económica de los yacimientos.

El artículo 243 *ibidem* señaló expresamente que entre las entidades públicas que podían ser beneficiarias de esta clase de aportes estaba Carbones de Colombia S. A., Carboacol, la cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 303 del mismo decreto, era una empresa industrial y comercial del Estado “de carácter societario”, cuyas acciones debían pertenecer todo el tiempo a entidades públicas descentralizadas del orden nacional.

Finalmente, es pertinente aclarar que este decreto derogó expresamente el Decreto 1275 de 1970, según lo previsto en su artículo 307.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 57 de 1987<sup>12</sup>, el Presidente de la República dictó el decreto ley 2655 de 1988, mediante el cual se expidió un nuevo Código de Minas, que reguló integralmente esta materia (excluyendo los

12 “Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir el Código de Minas, para ajustar y adecuar a sus preceptos algunas funciones del Ministerio de Minas y Energía y de sus organismos adscritos o vinculados, para dictar normas de carácter tributario, cambiario y otras disposiciones, de conformidad con el numeral 12 del Artículo 76 de la Constitución Nacional”.

hidrocarburos en estado líquido o gaseoso) y derogó, entre otras normas, las Leyes 38 de 1887<sup>13</sup>, 20 de 1969 (con excepción de sus artículos 1 y 13) y 61 de 1979, así como el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo<sup>14</sup>.

Vale la pena aclarar, en primer lugar, que este código empezó a regir el 23 de julio de 1989, esto es, seis meses después de su promulgación, con excepción del capítulo XXII (sobre garantías mineras y fondos de fomento minero), el cual entró en vigencia desde su promulgación, según lo preceptuado en el artículo 326 de dicha normatividad. Lo anterior implica que el Decreto 2655 de 1988 no regía (con excepción del capítulo indicado) cuando se celebró el contrato n.º 078 del 23 de agosto de 1988 entre Carbocol y Drummond, ni tampoco cuando este “se perfeccionó”, según lo estipulado en la cláusula cuadragésima octava (22 de febrero de 1989).

Sin embargo, vale la pena registrar que el mencionado código conservó el sistema de aporte de áreas que preveía la legislación anterior, en favor de empresas industriales y comerciales del Estado y otras entidades públicas adscritas al Ministerio de Minas y Energía, y mantuvo expresamente la validez y la vigencia de los aportes otorgados con anterioridad, así como las de los contratos que con base en aquellos se hubieran celebrado para realizar, por intermedio de terceros, las labores de exploración, explotación, beneficio y transformación de minerales.

En efecto, el artículo 17 de este decreto estableció que los “títulos mineros”, es decir, los actos jurídicos con fundamento en los cuales una persona adquiere el derecho de explorar y explotar minas de propiedad estatal, comprendían las siguientes modalidades: licencias de exploración, licencias de explotación, aportes y contratos de concesión.

El artículo 98 *eiusdem* ratificó la regla que venía desde la legislación anterior, en el sentido de que la exploración y la explotación de carbón mineral solamente podían hacerse mediante el sistema de aporte de áreas, otorgado a favor de empresas industriales y comerciales del Estado, quienes podían realizar tales actividades directamente o mediante contratos celebrados con terceros.

Por otra parte, los artículos 6, 16 y 17 *ibidem* señalaron expresamente que los aportes que hubieran sido efectuados con anterioridad, así como los contratos que con base en ellos se hubiesen celebrado, seguían vigentes en los términos en que se hubieran pactado y los derechos derivados de los mismos se entendían protegidos como derechos adquiridos.

La pervivencia del sistema de aportes, después de expedida la Constitución Política de 1991, fue confirmada por algunas normas de la Ley 141 de 1994<sup>15</sup>, como el artículo 57, el cual disponía que el Ministerio de Minas y Energía, “*sin sujeción al régimen establecido en el Código de Minas, aportará a Carbones de Colombia S. A., Carbocol, o a la Empresa Colombiana de Carbón Limitada, Ecocarbón, los yacimientos de carbón que puedan existir dentro del territorio nacional*”.

13 Mediante la cual se adoptó como legislación permanente, con carácter nacional, el Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia.

14 Decreto 01 de 1984. El artículo 254 de este código establecía la obligación de someter a revisión del Consejo de Estado, en forma previa, los “*contratos sobre exploraciones o explotaciones de minerales energéticos, así como lo referente (sic) a la concesión de minas de aluvión de metales preciosos ubicados en el lecho y en las riberas de los ríos navegables*”, cuya cuantía fuera o excediera de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

15 “*Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones*”.

Posteriormente se expidió la Ley 685 de 2001, que derogó expresamente el decreto ley 2655 de 1988 (artículo 365) y lo sustituyó por un nuevo Código de Minas, que rige en la actualidad. Vale la pena recordar que varias normas de esta ley fueron derogadas o modificadas por la Ley 1382 de 2010<sup>16</sup>, pero esas disposiciones revivieron como resultado de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382, pronunciada por la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011<sup>17</sup>, y del vencimiento del plazo que dicha corporación otorgó al Congreso de la República para sustituir la ley que fue declarada inconstitucional. Sobre este asunto se refirió detalladamente la Sala en el concepto n.º 2216 de 2014<sup>18</sup>.

La Ley 685 eliminó el sistema de aporte de áreas, así como otras modalidades de títulos mineros que regulaba la legislación anterior, al determinar que en adelante el único título válido para explorar y explotar minerales de propiedad estatal sería el contrato de concesión. Así lo dispuso su artículo 14:

*“Artículo 14. Título minero. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.*

*Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.”* (Subrayas fuera del texto).

Como se observa, esta norma prescribió que, a partir de su entrada en vigencia, solamente puede adquirirse el derecho a explorar y explotar minas del Estado mediante la celebración del contrato de concesión y su inscripción en el registro minero nacional, pero dejó a salvo los derechos adquiridos en virtud de otros títulos previstos en la legislación anterior, entre ellos los surgidos de contratos celebrados sobre áreas de aporte.

En los antecedentes de dicha ley se observa claramente la intención de suprimir el sistema de aporte de áreas, por considerarse que este no había resultado provechoso para el interés público. A este respecto, se puede leer lo siguiente en la correspondiente exposición de motivos<sup>19</sup>:

*“El perfeccionamiento del sistema. En sí mismo, nuestro sistema legal minero, desde el punto de vista de sus principios y conceptos básicos no tiene por qué ser sustituido radicalmente por otro. Sin embargo, como toda construcción jurídica, requiere... la revisión de sus desarrollos... Para el efecto, el proyecto persigue eliminar dos situaciones que han merecido la crítica de los analistas como de los empresarios y que se exponen en forma abreviada así: (...)*

<sup>16</sup> “Por el cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 366 del 11 de mayo de 2011. Expediente D-8250.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 2216 del 29 de octubre de 2014.

<sup>19</sup> Gaceta del Congreso n.º 113, año IX, del 14 de abril de 2000, pp. 24 y 25.

“2. En el actual Código igualmente, se presenta un **fenómeno negativo** que debe ser abocado para modificarlo: Al lado del régimen de concesión a particulares, que se supone ser el general y ordinario, se creó un régimen que, bajo la denominación de ‘**aporte de minas**’, en su concepción original no era sino una forma de concesión **especialísima y extraordinaria**, apropiada solo para proyectos de singular dimensión e importancia. Este régimen excepcional, más tarde se extendió a una serie de minerales genéricamente agrupados para el efecto, pero sin consideración o en referencia a zonas o áreas determinadas. De allí nació una **situación perjudicial para el desarrollo de la minería**, ya que el Estado, a través de sus agencias, nunca ha tenido la capacidad financiera y operativa para utilizar en forma permanente y oportuna, el aludido régimen y así este ha conducido también a la congelación de proyectos de todo orden y que habrían podido ejecutarse bajo el régimen ordinario de la concesión. En el actual Código, además de poder someter al régimen del aporte cualquier clase de mineral, ubicado dentro de un área determinada, bajo la sola perspectiva que de su explotación se habrá de ocupar una empresa industrial y comercial del Estado de carácter nacional, se establece que solo pueden explotarse por medio de este régimen los minerales radioactivos, **el carbón**, las piedras preciosas y las salinas.

*En el Proyecto se elimina este régimen de aportes porque además de dar origen a las consecuencias negativas expuestas, acusa una artificiosa regulación para hacerlo compatible con la ocasional iniciativa particular que puede manifestarse sobre los minerales sometidos a esa clase de título. (...)*

*Se agrega finalmente, que, con excepción unos pocos proyectos mineros en los cuales el Estado, a través de sus empresas, ha asumido el papel de inversionista directo, en la mayoría de los contratos celebrados con particulares sobre áreas aportadas, no ha jugado sino una función de simple concedente pasivo del derecho a explotar, dejando la iniciativa empresarial y todo soporte económico de los proyectos a dichos particulares a cambio de cobrarles solo unas contraprestaciones económicas como lo hace bajo el sistema ordinario de concesión”. (Negrillas añadidas).*

Como se aprecia, fue clara y explícita la voluntad del legislador en el sentido de eliminar el mecanismo de aporte de áreas, dejando solamente el sistema de concesión como título para explorar y explotar recursos minerales de propiedad estatal.

Por esa razón, el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución n.º 181320 del 16 de octubre de 2001, ordenó la cancelación, en el registro minero nacional, de los aportes efectuados a varias entidades públicas, entre ellos el aporte n.º 871 otorgado en su momento a Carbones de Colombia S. A.

Sin embargo, como lo hicieron también las legislaciones precedentes, la Ley 685 de 2001 mantuvo a salvo la validez y la vigencia de los títulos mineros perfeccionados al amparo de la normatividad anterior, incluyendo entre ellos los contratos de exploración y explotación celebrados por las entidades descentralizadas sobre áreas de aporte, tal como se puede deducir de lo dispuesto en los artículos 14, 348, 350 y 351, entre otros, de dicha ley. Con respecto a estos últimos contratos, el artículo 351 preceptúa lo siguiente:

*“Artículo 351. Contratos sobre áreas de aporte. Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas. Los trámites y procedimientos de licitaciones y concursos que los mencionados entes hubieren resuelto abrir o hubieren iniciado para contratar otras áreas dentro de las zonas aportadas, continuarán hasta su culminación y los contratos correspondientes se celebrarán conforme a los términos de referencia o pliegos de condiciones elaborados para el efecto. Las áreas restantes de los aportes, serán exploradas y explotadas de acuerdo con el régimen común de concesión”.* (Resalta la Sala).

Como se observa, la disposición citada permitió la subsistencia de los contratos mineros de cualquier tipo celebrados por entidades públicas descentralizadas sobre áreas recibidas en aporte, incluyendo las prórrogas de dichos contratos que se **hubieran convenido con anterioridad**, no obstante la desaparición del sistema de aportes que ordenó la misma Ley 685 de 2001.

De todo lo que se ha explicado puede concluirse que desde antes de 1967<sup>20</sup> y hasta la entrada en vigor de la Ley 685 (17 de agosto de 2001), que contiene el Código de Minas vigente, el sistema de aporte de áreas fue reconocido y regulado por la legislación minera como un título válido para efectuar la exploración y explotación de minerales de propiedad estatal. A pesar de la desaparición de dicho sistema, la misma ley reconoció la validez y vigencia de los contratos de cualquier tipo que se hubieran celebrado con base en la legislación anterior, para efectuar la exploración, la explotación, el beneficio, la transformación y demás actividades relacionadas con los citados recursos naturales en zonas que fueron objeto de aporte.

## **B. El contrato número 078-88 suscrito entre Carbocol S. A. y Drummond Ltd.**

### **1. Celebración del contrato y revisión del mismo por parte del Consejo de Estado**

Con fundamento en las normas vigentes en ese momento, especialmente las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969, 61 de 1979 y 19 de 1982<sup>21</sup>, y los Decretos 2533 de 1973, 222 de 1983<sup>22</sup>, 385 de 1985<sup>23</sup> y 2477 de 1986, Carbones de Colombia S. A. (Carbocol) y la sociedad extranjera Drummond Limited celebraron el contrato n.º 078-88, contenido en la escritura pública n.º 2411 del 23 de agosto de 1988, otorgada en la Notaría 20 de Bogotá.

Con base en las mismas normas y en lo dispuesto por los artículos 253 y siguientes del Código Contencioso Administrativo<sup>24</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil efectuó la revisión previa de legalidad de dicho contrato y emitió su concepto o dictamen favorable el 13 de octubre

20 Se afirma esto porque al revisar la Ley 60 de 1967, se encuentran algunas disposiciones que hacían referencia a los aportes de áreas mineras, como los artículos 1º y 3º, lo cual permite inferir que dicho sistema ya estaba previsto en la ley con anterioridad.

21 “Por la cual se definen nuevos principios de los Contratos Administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones”.

22 “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.

23 “Por el cual se reglamenta la Ley 61 de 1979 y se dictan otras disposiciones”.

24 Como se ha mencionado, el artículo 254 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) establecía la obligación de someter a revisión previa de legalidad, por parte del Consejo de Estado, los contratos que las entidades públicas celebraran para la explotación de minerales energéticos, cuya cuantía fuera igual o superior a \$50.000.000 o su equivalente en moneda extranjera. Esta exigencia fue reiterada por el artículo 65 del Decreto Reglamentario 2477 de 1986, norma que precisó, además, el deber de protocolizar el dictamen del Consejo de Estado y publicar la respectiva escritura pública en el *Diario Oficial*, a costa del contratista.

de 1988<sup>25</sup>. En dicho concepto se expresó que “... una vez realizada la revisión de legalidad del expediente, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **DECLARA AJUSTADO A LA LEY** el Contrato de Explotación de Bienes del Estado n.º 2411<sup>26</sup>, con sus correspondientes anexos, celebrado entre CARBONES DE COLOMBIA S. A. –Carbocol–, y la firma Drummond Ltda.” (negritas del original).

Entre las consideraciones más relevantes de dicho dictamen, vale la pena transcribir las siguientes:

“(...) La legislación aplicable son las Leyes 20 de 1969 y 61 de 1979, con el decreto reglamentario 2477 de 1986. **El sistema aplicado en el contrato es el de APORTE, definido por el artículo 1º, de la Ley 61 de 1979 como ‘el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional. Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con terceros’.**

*Se consagran así dos alternativas: la actividad directa de la empresa industrial o comercial, y la directa de los particulares, sin que la ley determine con éstos una específica y exclusiva clase de contratos. Al respecto el Decreto Reglamentario 2477 en su artículo 248 prescribe en el Capítulo XXIV, Disposiciones Especiales sobre el Carbón, lo siguiente: ‘En los aportes de que trata este Decreto, las entidades beneficiarias podrán llevar a cabo las labores de prospección, exploración, montaje, explotación, construcción de infraestructura, de comercialización del mineral, directamente o mediante contratos de asociación, operación, servicios, administración o de cualquier otra clase’. (...)*

## 6. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

*Por Resolución n.º 002857 del 10 de octubre de 1977, el Ministerio de Minas y Energía otorgó a Carbocol a título de aporte, los yacimientos de carbón y minerales asociados existentes en la zona de (317.254 hectáreas), situadas en la jurisdicción de los municipios de Chiriguáná, El Paso y la Jagua de Ibirico (Departamento del Cesar). El 29 de enero de 1988, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, por Acta n.º 602 consagró el documento n.º DNP-2355-UINF, en relación con ‘Políticas Generales de Contratación en la Gran Minería’. Posteriormente, por Resolución n.º 002657 del 22 de agosto de 1988, el Ministerio de Minas y Energía, aprobó las condiciones de negociación del precitado contrato, e igualmente, en reunión de la Junta Directiva de Carbocol, del 6 de julio de 1988, Acta n.º 227 impartió aprobación a la negociación del mismo. (...)*” (Negritas en el original).

Este concepto fue protocolizado por las dos partes mediante la escritura pública n.º 3029 del 2 de noviembre de 1988, en la Notaría 12 del Círculo de Bogotá.

25 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de octubre de 1988. Radicación número 209.

26 Se refiere al número de la escritura pública que contiene el contrato.

## 2. Las estipulaciones del contrato n.º 078-88

### a. Objeto

El objeto de este contrato, según lo pactado en su cláusula primera, consiste en “*la exploración, construcción y montaje, y explotación de un Proyecto Carbonífero en el Área Contratada descrita en la Cláusula Tercera... la cual hace parte de un área mayor otorgada a Carbocol por el Ministerio de Minas y Energía, a título de aporte, mediante la Resolución n.º 002857 de fecha 10 de octubre de 1977, Aporte n.º 871*”.

### b. Duración

En la cláusula vigesimosexta, tal como fue modificada por las partes mediante la escritura pública n.º 4142 del 18 de agosto de 1993, otorgada en la Notaría 20 de Bogotá, se estipula lo siguiente:

*“Cláusula Vigésima sexta. Duración máxima.- El presente contrato tendrá una duración de Treinta (30) años contados a partir de la Fecha Efectiva, veintitrés (23) de Febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), a menos que se de (sic) por terminado con anterioridad, según lo establecido en la Cláusula Vigésima Séptima y estará sujeto a las prórrogas, como se estipula en la Cláusula Cuadragésima”.* (Subrayas del original; negrillas añadidas).

La cláusula vigesimoséptima establece las causales de terminación del contrato, en los siguientes términos:

*“Cláusula vigésima séptima.- Causales de Terminación: El presente contrato se terminará en cualquiera de los siguientes casos:*

*27.1 Cuando haya transcurrido el período de duración máximo del contrato estipulado en la Cláusula Vigésima Sexta; 27.2. Por renuncia expresa del contrato por parte de Drummond, mediante notificación escrita a Carbocol, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Vigésima Octava de este contrato; 27.3 Por la declaratoria de caducidad, conforme a lo establecido en la Cláusula Trigésima<sup>27</sup>;*

*27.4 Según lo previsto en la última frase de la Cláusula 9.4<sup>28</sup>, o;*

*27.5 Por lo establecido en la Cláusula Quincuagésima<sup>29</sup>,”* (Subrayas en el original).

Vale la pena aclarar que la ejecución del contrato debe hacerse en tres etapas principales y sucesivas, denominadas (i) exploración, (ii) construcción y montaje y (iii) explotación, para cada una de las cuales se estipulan términos independientes, dentro del plazo máximo de

27 En esta cláusula se permite a Carbocol (o a quien lo suceda) declarar la caducidad del contrato mediante resolución motivada, cuando ocurra cualquiera de las cuatro causales que se mencionan allí.

28 El numeral 9.4 de la cláusula novena dispone que si no se cumplían ciertas condiciones establecidas en el numeral 9.3 para que se iniciara la etapa de construcción y montaje, dentro de los períodos señalados en aquel numeral, el contrato se entendía terminado, a menos que Drummond renunciara a dichas condiciones y emprendiera las actividades de construcción y montaje.

29 La cláusula quincuagésima preveía ciertas condiciones suspensivas que debían cumplirse dentro de los seis (6) meses siguientes a la firma del contrato, so pena de que este se entendiera “*inexistente de pleno derecho*”.

duración del contrato acordado en la cláusula vigesimosexta. Para la etapa de exploración, se pactó un término inicial de dos (2) años, que podía prorrogarse hasta por un año adicional (cláusula quinta, numeral 5.2). Para la actividad de construcción y montaje, se acordó un plazo de tres (3) años, que podía prorrogarse igualmente hasta por un año (cláusula novena, numeral 9.2). Y finalmente, las partes estipularon que la etapa de explotación se llevaría a cabo desde cuando Drummond terminara la actividad de construcción y montaje hasta el vencimiento del contrato, según lo establecido en la cláusula vigesimosexta (es decir, el plazo de treinta años desde la “Fecha Efectiva”).

Por otra parte, debe señalarse que en la cláusula cuadragésima (40ª), las partes indicaron los hechos que debían considerarse eventos de caso fortuito o fuerza mayor, así como los efectos que tales acontecimientos tendrían sobre la ejecución del contrato. Allí se previó que si las “*actividades de exploración, construcción y montaje, o explotación se vieran suspendidas o retrasadas por un período de treinta (30) días o mayor, o por un período acumulado de treinta (30) días durante cualquier año, Drummond tendrá derecho, siempre y cuando exista relación de causalidad entre tales hechos y la interrupción... de prorrogar... la duración total del presente contrato hasta por el número de días equivalentes a dicha interrupción. (...)*”. (Resaltamos).

Se observa, entonces, que en el contrato n.º 078-88 solo se pactó expresamente que su plazo general o “*duración máxima*”, como se denomina en la cláusula vigesimosexta, puede prorrogarse cuando se presenten circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten su ejecución transitoriamente. Aunque las etapas de exploración y de construcción y montaje también podían prorrogarse, hasta por un año cada una de ellas, la extensión del término previsto para la realización de tales actividades no tenía como efecto el de ampliar el plazo total del contrato, sino tan solo el de desplazar o postergar el inicio de la etapa de explotación, con la consecuente reducción en la duración de dicha fase.

En la información y los documentos enviados por el ministerio consultante no se acredita ni se menciona que se hayan presentado eventos de caso fortuito o fuerza mayor que, de acuerdo con la cláusula descrita, hubieran suspendido la ejecución del contrato por períodos de treinta (30) días o más durante un año y que, habiendo sido oportuna y debidamente informados por Drummond, den lugar a la prórroga del plazo global del contrato por un tiempo equivalente, conforme a la cláusula 40ª.

En esa medida y según lo convenido por las partes en la cláusula vigesimosexta, el contrato n.º 078-88 terminaría, por vencimiento del plazo acordado, el día **23 de febrero del año 2019**, si antes de esa fecha las partes no lo prorrogan o si no debe entenderse prorrogado, según lo estipulado en la cláusula cuadragésima.

Ahora bien, queda por resolver la cuestión de si las normas especiales que regulaban este tipo de contratos, o los principios y las normas generales sobre obligaciones y contratos, permiten prorrogar el negocio jurídico que nos ocupa por otros treinta (30) años, como lo solicita Drummond, de lo cual se ocupará la Sala en el acápite siguiente.

Finalmente, vale la pena advertir que la cláusula trigésimo primera del contrato prescribe cuáles son las obligaciones de las partes en caso de producirse su terminación, dentro de las cuales se incorpora una especie de “*cláusula de reversión*”, en los siguientes términos:



“31.1.2 Cuando la terminación del contrato ocurriere por causas diferentes a la declaratoria de caducidad, los activos totalmente amortizados o totalmente depreciados pasarán gratuitamente a Carbocol libres de todo gravamen o limitación de dominio. Sobre los activos que no hayan sido totalmente depreciados o amortizados y los bienes inmuebles adquiridos en beneficio exclusivo del Proyecto, Carbocol tendrá en este caso la primera opción de adquirirlos pagando a Drummond el equivalente en pesos, a la Tasa FX a la fecha en que contraiga la obligación de compra bajo la opción”.

### **c. Contraprestaciones económicas**

De las contraprestaciones económicas a favor de la entidad pública contratante, se ocupa el Capítulo V del contrato, el cual establece cuatro tipos de obligaciones:

(i) El canon superficiario, que corresponde a una suma fija por hectárea del área objeto del contrato, el cual debía ser pagado por Drummond desde el principio de la ejecución (“Fecha Efectiva”) hasta antes de la fecha de inicio del período de explotación.

(ii) Regalías, que deben pagarse desde el inicio de la explotación hasta la terminación del contrato y corresponden, en términos generales, al 15% del precio FOB (depurado) en boca de mina por cada tonelada de carbón proveniente del proyecto, sin que sean inferiores al 5% del precio FOB de referencia. En el acápite final de este concepto la Sala se referirá en detalle a la fórmula acordada en este negocio para la liquidación de las regalías.

(iii) En la cláusula vigesimocuarta del contrato se estipula que Drummond reconocerá a Carbocol una participación en el “exceso de utilidades” obtenido por la firma contratista, calculado de la forma que se describe en dicha estipulación.

Finalmente, en la cláusula vigesimoquinta se pactó que Drummond haría, por una sola vez, un pago equivalente a dos millones de dólares (US\$2.000.000), “como contribución para la ejecución de los planes de desarrollo económico y social de la región” en la cual se encuentra el “Área Contratada”.

### **d. Solución de conflictos, ley y jurisdicción aplicables y otras cláusulas**

La cláusula trigésima cuarta (“Desacuerdos”) contiene varias reglas para la solución de los conflictos que puedan presentarse entre las partes:

(i) En primer lugar, se estipula que los desacuerdos de carácter jurídico que las partes no puedan solucionar en forma directa, deberán someterse al conocimiento y decisión de la jurisdicción colombiana, salvo que las partes convengan en cada caso someterlos al arbitraje, el cual se sujetará a lo dispuesto en la ley colombiana.

(ii) Toda discrepancia “de hecho o de carácter técnico” que se presente entre las partes y que estas no puedan resolver de consuno, será “sometida al dictamen definitivo de tres peritos independientes experimentados en proyectos de ingeniería de características similares al proyecto motivo de este contrato, designados de común acuerdo” por las partes.

(iii) Cualquier diferencia de carácter contable que llegue a surgir entre las partes en relación con la interpretación o la ejecución del contrato, “*será sometida al dictamen definitivo de tres (3) peritos, quienes deberán ser contadores públicos juramentados, designados de común acuerdo entre las partes...*”.

Por último, se estipula que si hay desacuerdo entre las partes sobre la naturaleza legal, técnica o contable de la controversia, esta se considerará de carácter legal y se aplicará, por ende, lo dispuesto en el numeral (i) anterior, a menos que las partes escojan expresamente el peritaje como procedimiento exclusivo para solucionar su diferencia en determinado caso.

En la cláusula cuadragésimo primera (41ª) se pactó expresamente la aplicación de la ley y la jurisdicción colombianas, así como la renuncia a la reclamación diplomática por parte de Drummond, salvo en el caso de “*denegación de justicia*”.

En la cláusula cuadragésimo cuarta (44ª) la sociedad extranjera declaró, bajo la gravedad del juramento, que no se encontraba incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas a la sazón en el Título II del decreto ley 222 de 1983.

Finalmente, la cláusula cuadragésimo octava (48ª) establece las condiciones y requisitos que debían cumplirse para que el contrato se entendiera perfeccionado, dentro de las cuales se incluyó su revisión por parte del Consejo de Estado, a menos que dicha corporación declarara que no tenía competencia para ello, en cumplimiento de lo que ordenaban los artículos 253 y siguientes del C. C. A.

### **3. Modificaciones al contrato**

El contrato n.º 078-88 ha sido objeto de múltiples modificaciones, sin contar las cesiones o subrogaciones en la posición contractual de la parte contratante, a la cual nos referiremos más adelante. De acuerdo con los documentos remitidos por la entidad consultante, dicho contrato ha sido reformado en quince (15) oportunidades.

Por razones de economía y eficiencia, la Sala no hará alusión a cada una de dichas modificaciones, sino únicamente en la medida en que se relacionen directa y específicamente con los puntos o aspectos a los cuales se refiere la consulta.

### **4. Subrogaciones y cesiones**

Es conveniente señalar que mientras la parte contratista en este negocio, es decir, Drummond Ltd., ha permanecido constante, salvo la inclusión que en determinado momento se hizo de dos sociedades vinculadas a ella, encargadas de prestar los servicios portuarios y de administrar el transporte del carbón, esto es: American Port Company Inc. y Transport Services L.L.C., respectivamente, en lo que atañe a la parte contratante se han presentado múltiples cesiones y subrogaciones, que tienen que ver con las transformaciones que durante el tiempo de ejecución del contrato se han presentado en la regulación y en la institucionalidad minera del país.

En efecto, la posición contractual de Carbocol fue transferida inicialmente a Ecocarbón Ltda., luego a Minercol Ltda., después a Ingeominas y finalmente a la Agencia Nacional de Minería, tal como se explica a continuación:

Al principio, el contrato fue cedido por Carbocol S. A. a la Empresa Colombiana de Carbón Ltda., Ecocarbón Ltda., cesión que fue aprobada por el Ministerio de Minas y Energía mediante la Resolución n.º 601078 del 22 de diciembre de 1993, e inscrita en el registro minero nacional. Luego el contrato fue cedido por Ecocarbón Ltda. a la Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol.

Más adelante, el contrato fue subrogado al Instituto Colombiano de Geología y Minería, Ingeominas, a quien el Ministerio de Minas y Energía delegó varias funciones como autoridad minera y concedente a partir del 27 de enero de 2004, mediante la Resolución n.º 18-0074 de la misma fecha. Y finalmente, el contrato fue subrogado a la Agencia Nacional de Minería, en virtud de lo dispuesto en los Decretos 4131<sup>30</sup> y 4134 de 2011<sup>31</sup> y las Resoluciones Nos. 180876 del 7 de junio de 2012 y 91818 del 13 de diciembre de 2012.

Vale la pena señalar que la transmisión de la posición contractual de Carbocol, en sucesivas ocasiones, hasta llegar a Ingeominas, fue examinada por dos tribunales de arbitramento y reconocida en los respectivos laudos, de fechas 20 de septiembre de 2001 y 8 de agosto de 2007. En tales fallos se declaró igualmente la existencia y vigencia (hasta las correspondientes fechas) del contrato n.º 078-88 suscrito entre Carbocol y Drummond. En este último laudo, el tribunal de arbitramento<sup>32</sup> resolvió:

**“CUARTO:** Declarar que a la fecha de este laudo *existe, se encuentra vigente y en ejecución el contrato 078 de 1988, celebrado mediante escritura pública número 2411 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá, originalmente suscrito entre Carbocol, como parte estatal y Drummond Limited como parte contratista...*

**QUINTO:** Declarar que *el Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas), se subrogó en la posición de Minercol Limitada en liquidación en el contrato 078, razón por la cual aquella entidad es a partir del 29 de enero de 2004 la parte estatal contratante en el referido acuerdo, tal como está debidamente probado*”. (Negrillas añadidas).

Dado que tales decisiones hicieron tránsito a cosa juzgada, la Sala se abstendrá de profundizar en los aspectos que mediante estas se declararon probados, entre ellos las sucesivas cesiones y subrogaciones de la posición contractual de Carbocol S. A. hasta Ingeominas.

Con respecto a la subrogación de Ingeominas a la Agencia Nacional de Minería, vale la pena recordar, en primer lugar, que mediante el Decreto 4131 de 2011, se transformó el Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas) (que era un establecimiento público), en un instituto científico y técnico adscrito al Ministerio de Minas y Energía, denominado Servicio Geológico Colombiano, el cual está dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y financiera, y patrimonio independiente.

30 “Por el cual se cambia la Naturaleza Jurídica del Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas)”.

31 “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería (ANM), se determina su objetivo y estructura orgánica”.

32 Conformado por los doctores Adelaida Ángel Zea, Saúl Flórez Enciso y Carlos E. Manrique Nieto.

El artículo 11 de dicho decreto (régimen de transición) dispuso que el Servicio Geológico Colombiano seguiría ejerciendo todas las funciones que por competencia directa o por delegación se le hubieran asignado a Ingeominas, incluyendo aquellas que tuviera en materia minera, hasta que entrara en operación la Agencia Nacional de Minería (ANM). Asimismo, el artículo 12 ibídem estableció que el Servicio Geológico Colombiano debía subrogar a la ANM, mediante la suscripción de un acta, los contratos, convenios, acuerdos y procesos de contratación en curso que por su objeto debieran ser ejecutados por esta última, lo cual debía efectuarse en un plazo no superior a seis (6) meses contados desde la fecha en la que entrara en operación la Agencia Nacional de Minería.

Tales reglas fueron reiteradas por el Decreto 4134 de 2011, mediante el cual se creó la Agencia Nacional de Minería. De esta manera, la posición contractual que había asumido Ingeominas en el contrato n.º 078-88 se transfirió a la Agencia Nacional de Minería (ANM).

### **C. Viabilidad de prorrogar el contrato n.º 078 de 1988**

Drummond ha solicitado en reiteradas ocasiones, desde el año 2009, que se autorice la prórroga del contrato n.º 078-88, por otros treinta (30) años, para lo cual se ha apoyado principalmente en lo dispuesto en los artículos 77 y 352 del Código de Minas vigente, en la prórroga que se ha efectuado de otros contratos que considera similares, así como en la aprobación, por parte de Ingeominas, del “*Plan de operación integrada de los contratos mineros La Loma, El Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similod*”.

Para analizar la viabilidad de dicha prórroga, así como las condiciones en las cuales la misma podría darse, resulta indispensable determinar, en primer lugar, el régimen jurídico al cual se encuentra sometido el citado contrato en la actualidad.

#### **1. Las cláusulas del contrato n.º 078-88 y el régimen especial al cual está sujeto**

Como lo manifestó en su momento la Sala, al revisar la legalidad del contrato n.º 078-88, y se reitera en el numeral 1 del acápite anterior, el citado negocio jurídico se celebró principalmente al amparo de las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979, y los Decretos 2533 de 1973, 385 de 1985 y 2477 de 1986. Asimismo, cuando dicho contrato se celebró, estaban vigentes la Ley 19 de 1982 y el decreto ley 222 de 1983, que establecían el marco legal para la contratación pública en Colombia.

Conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”. Este principio se encuentra íntimamente relacionado con la protección de la propiedad privada y de los derechos adquiridos con justo título, que la Constitución Nacional de 1886 establecía, en su artículo 30, y que también garantiza la Carta Política vigente, en su artículo 58.

El mismo postulado se encuentra reiterado tanto en las leyes que han regulado el asunto minero desde la celebración del contrato n.º 078-88, como en los estatutos que desde la misma época han normado la contratación de las entidades públicas.

En relación con las primeras, vale la pena recordar que el artículo 6° del decreto ley 2655 de 1988 (Código de Minas anterior) reconocía expresamente los derechos adquiridos en esta materia, entre los cuales incluía “*los aportes otorgados a organismos adscritos o vinculados al Ministerio y los contratos que con base en ellos se hayan celebrado*”. El artículo 16 ibídem definía lo que debía entenderse por “título minero” y precisaba que dentro de dicho concepto se encontraban, entre otras, “*las licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes, perfeccionados de acuerdo con disposiciones anteriores*” (se destaca). En el mismo sentido, el artículo 17 estatúa que las actividades de exploración y de explotación de yacimientos de propiedad nacional, podían ejecutarse también “*con base en títulos expedidos con anterioridad, debidamente perfeccionados, que conserven su validez*”.

Más clara aun fue la Ley 681 de 2001, cuyo artículo 350 dispuso que “*las condiciones, términos y obligaciones consagrados en leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados o consolidados, serán cumplidos conforme a dichas leyes*” (resaltamos). Esta norma debe complementarse con lo que preceptúa el artículo siguiente (351), de manera específica, para los contratos celebrados sobre áreas de aporte, en el sentido de que “*los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas*” (negrillas añadidas).

En relación con las normas que han regulado la contratación de las entidades del Estado, vale la pena mencionar que el artículo 78 de la Ley 80 de 1993<sup>33</sup>, que derogó expresamente el decreto ley 222 de 1983 (vigente cuando se suscribió el contrato que nos ocupa), estableció lo siguiente sobre los contratos celebrados con anterioridad:

*“Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”*. (Se resalta).

De todo lo anterior se infiere que para determinar la posibilidad de prorrogar el contrato n.º 078 de 1988, resulta necesario indagar, en primer lugar, lo que estipularon las partes sobre este punto en el mismo contrato y, en segundo lugar, lo que disponían las normas que se encontraban vigentes cuando dicho acto fue celebrado.

Como ya se mencionó en el acápite anterior, el contrato 078-88 solo prevé expresamente la posibilidad de prorrogarlo cuando se presenten circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que impidan a Drummond ejecutar durante cierto lapso sus obligaciones, caso en el cual la prórroga tiene como propósito exclusivo recuperar el tiempo perdido, por lo cual la duración de la misma no puede exceder el tiempo durante el cual se haya presentado la situación de caso fortuito o fuerza mayor. Las otras prórrogas previstas en el contrato se refieren a los plazos convenidos para las etapas de exploración y de construcción y montaje, los cuales no afectan el plazo total o “duración máxima” del contrato.

---

33 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que Drummond no ha invocado estas cláusulas, ni el hecho de haberse visto afectada por eventos de caso fortuito o fuerza mayor que le hayan impedido ejecutar el contrato, como fundamento para solicitar su prórroga por 30 años, no resulta pertinente y tampoco sería suficiente acudir a las cláusulas del contrato para solucionar el interrogante planteado en la consulta, en el sentido de si resulta viable prorrogar el contrato en las condiciones y por el tiempo en que lo ha pedido Drummond desde el año 2009. Por supuesto que el aparente vacío que presenta el contrato en cuanto a los eventos y las condiciones en las cuales podría prorrogarse, más allá de lo previsto para el caso fortuito o la fuerza mayor, tampoco significan necesariamente que el plazo de dicho contrato no pueda extenderse o ampliarse en otras hipótesis, por otras razones y por diferentes períodos de tiempo, pues para ello haría falta examinar lo que disponían las normas legales y reglamentarias que se encontraban vigentes cuando dicho contrato fue celebrado.

En esa medida, debe rememorarse, en primer lugar, que los “contratos de explotación de bienes del Estado”, si bien eran catalogados como “contratos administrativos”, no estaban sujetos, en general, a las disposiciones que regulaban la contratación de las entidades públicas, sino a un régimen especial. Así lo establecían tanto la Ley 19 de 1982 como el decreto ley 222 de 1983, que fue dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno nacional por la referida ley.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 19 de 1982 disponía que “*son contratos administrativos además de los que se señalan en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente Ley, los de... explotación de bienes del Estado...*”, pero el parágrafo de la misma norma preceptuaba, a continuación, que “*los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia*”.

Estas mismas reglas, en relación con el tipo de contratos que se menciona, quedaron consignadas en el artículo 16 del decreto ley 222 de 1983. En armonía con dicha disposición, el artículo 80 íbidem prescribió que los contratos que no estaban regulados por aquel estatuto (dentro de los cuales, como se vio, estaban los de “*explotación de bienes del Estado*”), continuarían rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.

Adicionalmente cabe señalar que el artículo 1º, inciso 3º del citado decreto estableció que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 90%, solamente les eran aplicables las normas de dicho estatuto que regulaban los contratos de empréstito y de obras públicas, así como “*las demás que se refieran expresamente a dichas entidades*”. En concordancia con este precepto, el artículo 257 íbidem estatuyó que los contratos de las sociedades de economía mixta con una participación pública igual o superior al 90 de su capital, se sometían a las mismas reglas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, y el artículo 254 ordenaba que “*salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, no serán los previstos en este Decreto, sino los usuales para los contratos entre particulares*”, no obstante lo cual, podía estipularse en dichos contratos la renuncia a la reclamación diplomática por parte de los contratistas extranjeros.

Estas reglas fueron ratificadas luego por el artículo 248 del Decreto Reglamentario 2477 de 1986, específicamente con relación a los contratos que celebraran las empresas industria-

les y comerciales del Estado y las demás entidades públicas que hubieran recibido áreas en aporte, para lograr la exploración y la explotación de minerales de propiedad estatal.

Se deduce de lo anterior que el contrato celebrado entre Drummond Ltda. (sociedad extranjera) y Carbocol S. A. (sociedad pública sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado), a pesar de tratarse de un “contrato administrativo”, no estaba sujeto a las disposiciones generales contenidas en el decreto ley 222 de 1983, al haber sido celebrado por una entidad descentralizada sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y, sobre todo, al tener como objeto la explotación de bienes del Estado (yacimientos de carbón). En consecuencia, dicho contrato estaba sujeto a las disposiciones especiales que regulaban esa clase de negocios y, en su defecto, a los principios y las normas generales que rigen los contratos entre particulares, contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil.

En punto a las primeras, vale la pena reiterar que el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 señalaba que las entidades públicas beneficiarias de aportes podían realizar la exploración y explotación de los recursos minerales que se encontraran en las respectivas zonas, directamente o “*mediante contratos celebrados con particulares*”<sup>34</sup>, aunque no especificaba el tipo de contratos que podían celebrar, ni mucho menos las condiciones y términos de tales negocios. Lo que sí advertía tal norma, era que las entidades beneficiarias del aporte “*no estarán sujetas a la limitación de áreas, ni a los términos de exploración, montaje y explotación a que están sometidos los sistemas de licencias, permisos y concesiones de que trata el Decreto 1275 de 1970*” (destaca la Sala).

El artículo 129 del Decreto 2477 de 1986 especificó que los contratos que las entidades públicas beneficiarias de aportes consideraran necesario suscribir con terceros, podían celebrarse en las modalidades de “*asociación, operación, servicios, administración o cualquier otra clase, salvo naturalmente el de concesión*” (se resalta), y podían tener por objeto la exploración, la explotación, el montaje de la infraestructura, el beneficio y el transporte de los minerales.

Lo anterior aparece reiterado por el artículo 248 del mismo decreto, específicamente con respecto a los contratos celebrados para obtener la exploración y explotación de minas carboníferas en zonas aportadas, disposición que precisó, además, que esta clase de actos, “*por tener como fin último, especial y principal la explotación minera, no estarán sujetos a los requisitos y trámites que para la contratación administrativa ordinaria establece el Decreto 222 de 1983 y las disposiciones que lo adicionen y reformen, pero la entidad contratante deberá incluir las prescripciones sobre la renuncia a reclamación diplomática cuando hubiere lugar y podrá pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad; en materia de inhabilidades e incompatibilidades se aplicará lo dispuesto por el Decreto 222 de 1983*”.

Asimismo, es importante mencionar que según el artículo 143 del Decreto 2477 de 1986, “*las normas referentes al trámite y a la ejecución de la licencia de exploración y de los contratos de concesión se aplicarán a las situaciones no reguladas en el presente Capítulo [se refería al Capítulo XIII, que regulaba de manera especial el mecanismo de aporte], siempre que no sean*

34 En el mismo sentido se expresaba el artículo 163 del Decreto Reglamentario 1275 de 1970.

*incompatibles con la naturaleza del sistema de aporte” (se resalta); y que, de acuerdo con el artículo 78 del mismo decreto, “al concesionario que hubiere cumplido con todas sus obligaciones, podrá el Gobierno otorgarle nuevamente en concesión el derecho a explotar en la misma zona el mineral objeto de su contrato, si dicho concesionario así lo solicita con un año de anticipación a la fecha de vencimiento del mismo y se somete a las normas legales y reglamentarias vigentes en tal época” (subrayas fuera del texto), precisando que en tal caso, “el Gobierno podrá acordar la forma y condiciones en que el concesionario pueda adquirir o usar los bienes muebles o inmuebles que hayan sido materia de reversión por razón del contrato primitivo”.*

Como se observa, entonces, ni las leyes ni los reglamentos que se encontraban vigentes cuando se celebró el contrato n.º 078-88 establecían expresamente la posibilidad de prorrogar o no esta clase de contratos, ni menos aún las condiciones en las que tales prórrogas pudieran convenirse. Sin embargo, por la remisión que ordenaba el Decreto 2477 de 1986 a las normas sobre el contrato de concesión, podría entenderse, en principio, que los contratos mineros que suscribieran las entidades estatales beneficiarias de aportes, podían prorrogarse en condiciones similares a las señaladas en el artículo 78 del mismo decreto para los contratos de concesión, norma que, como se puede inferir de su simple lectura, no establecía un término específico para dichas prórrogas y dejaba a discreción del Gobierno nacional la decisión de conceder o no la prórroga solicitada.

Para la Sala, sin embargo, este conjunto de disposiciones no resulta suficiente para solucionar la inquietud planteada en esta consulta, dado que: (i) el precepto que permitiría la prórroga es una norma reglamentaria, que ni siquiera se aplicaría directamente a esta clase de contratos, sino por remisión; (ii) este tipo de contratos se encuentra sometido, en todo lo que no esté previsto en su régimen especial, a los principios y las normas generales de los contratos de derecho privado, por lo cual resulta necesario consultar tales principios y normas, y (iii) sin perjuicio de lo anterior, dichos contratos también deben entenderse sujetos a los principios generales que gobiernan la contratación estatal, tal como lo sostuvo la Sala en el concepto n.º 2216 de 2014<sup>35</sup>, principios que se derivan de los artículos 209<sup>36</sup> y 267<sup>37</sup>, entre otros, de la Constitución Política y que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007<sup>38</sup> ordena respetar en todos los contratos celebrados por las entidades estatales.

35 A este respecto, la Sala dijo en el citado concepto, en relación con el contrato de concesión minera: “... la concesión minera es, ante todo, un contrato celebrado entre el Estado y un particular. Por lo tanto, el hecho de que no se le apliquen las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con algunas excepciones, **no significa necesariamente que dicho acto jurídico no se rija por los principios generales de la contratación estatal**, y tampoco implica que no se gobierne por los principios y las normas generales que regulan la institución jurídica del contrato, entre ellos la facultad que tienen las partes contrayentes para modificar de consuno lo que han acordado previamente, facultad que existe tanto en la contratación privada como en la pública, **aunque en esta última se encuentre sujeta a ciertas limitaciones y reglas especiales que consagra la ley o ha señalado la jurisprudencia, para salvaguardar los principios generales a los que se ha hecho alusión**”. (Negritas añadidas; subraya del original).

36 “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...)”

37 “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. (...) 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. (...)” (Se resalta).

38 “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”. El artículo 13 de esta ley dispone: “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.



Por lo tanto, la Sala considera que para solucionar satisfactoriamente la duda planteada, habrá de tenerse en cuenta, por lo menos, los siguientes aspectos: (i) la prórroga de los contratos frente a las normas y los principios generales del derecho privado, y (ii) las directrices conceptuales fijadas por la jurisprudencia y la doctrina en relación con la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas, a la luz de los principios que gobiernan dicha actividad.

## 2. Las normas y los principios generales del derecho privado en relación con la prórroga de los contratos

Sea lo primero advertir que las normas del Código Civil y del Código de Comercio en materia de obligaciones y contratos, en general, no se refieren a la prórroga de tales actos jurídicos, lo cual obedece seguramente a que, bajo la concepción clásica o tradicional de dicha institución como fuente de las obligaciones, en la que el contrato es entendido como un acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido consciente y reflexivamente a crear obligaciones, estas se consideran generadas íntegramente y de una sola vez cuando el contrato se perfecciona. A partir de dicho instante, las referidas obligaciones -y los correlativos derechos- subsisten por sí mismos hasta su futura extinción por cualquiera de los medios previstos en la ley (artículo 1625 del Código Civil).

No obstante, esta concepción vino a desdibujarse en parte con la creación, por parte de la doctrina, del concepto de “contratos de ejecución sucesiva o tracto sucesivo”, que luego fue reconocido por la jurisprudencia y acogido en algunas disposiciones legales, como el artículo 868 del Código de Comercio<sup>39</sup> o el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por los artículos 32 de la Ley 1150 de 2007 y 217 del decreto ley 19 de 2012<sup>40</sup>.

En efecto, en esta clase de negocios, el contrato, de cierta forma, “actúa” permanentemente como fuente de las obligaciones derivadas del mismo, mientras el acuerdo de voluntades se mantenga vigente. Por tal razón, si en este tipo de actos no se pacta un plazo de duración o vigencia o una condición resolutoria, el negocio jurídico regirá en forma indefinida y, por lo tanto, seguiría generando efectos jurídicos entre las partes, particularmente obligaciones.

Es en esta modalidad de contratos, por lo tanto, en la que surge en ocasiones la necesidad o conveniencia de prorrogarlos, cuando su vigencia se haya sometida a un plazo o término por voluntad de las partes, o por disponerlo así una norma legal supletoria, con el fin de permitir que tales actos sigan operando como fuente de obligaciones durante un lapso mayor al inicialmente previsto por los contratantes. Desde luego que la terminación del contrato de ejecución diferida o su eventual prórroga son independientes de la vigencia, eficacia y extinción de las obligaciones derivadas del mismo y que hayan nacido ya a la vida jurídica, las cuales tienen “existencia” propia y, en consecuencia, no se extinguen en virtud de la terminación del contrato, sino exclusivamente por alguno de los modos de extinción que regula la ley, ni tampoco se modifican o “reviven” por la prórroga del contrato del cual provienen.

39 El artículo 868 del Código de Comercio consagra la denominada “teoría de la imprevisión”, de acuerdo con la cual “cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión. (...) (Se resalta).

40 “Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. (...)” (Subraya fuera del texto).

En esa medida, la prórroga del contrato debe distinguirse de la prórroga del plazo para el cumplimiento de una obligación (plazo suspensivo), ya que esta última consiste en la estipulación en virtud de la cual el acreedor y el deudor de una obligación cualquiera (nacida de un contrato, de la ley o de otra fuente) acuerdan ampliar o extender el plazo que inicialmente se hubiera pactado o que haya dispuesto la ley para exigir el cumplimiento de la obligación.

Así entendida, la prórroga del contrato puede definirse como la modificación que las partes acuerdan de uno de los elementos (generalmente accidentales) del contrato, como es el plazo, en el sentido de ampliarlo o extenderlo. Sin embargo, en la medida en que una vez prorrogado el contrato, este continúa generando obligaciones (y derechos correlativos) entre las partes por un tiempo adicional, la prórroga del contrato puede entenderse, desde una perspectiva más profunda, como la *renovación* del consentimiento o acuerdo de voluntades que las partes expresaron inicialmente al celebrar el contrato, en relación con el objeto del mismo.

Ahora bien, para finalizar esta parte, vale la pena señalar que los contratos sujetos a los principios y a las reglas del derecho privado, no están sometidos, en principio, a ningún límite o restricción particular para su prórroga, ni en relación con el número de veces que puede ampliarse su plazo ni con respecto a la duración individual o acumulada de las prórrogas. En la medida en que la extensión del plazo en dichos contratos depende del principio de la autonomía de la voluntad, tales convenciones están sometidas exclusivamente a los límites que el Código Civil señala para los actos jurídicos que pueden celebrar los particulares, esto es, que el respectivo acto no esté prohibido expresamente por la ley, ni resulte contrario a la misma, al orden público o a las buenas costumbres (moral).

No obstante, es importante anotar que, incluso en relación con esta clase de contratos, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que los mismos no pueden ser perenes o “perpetuos” y, por lo tanto, tampoco pueden mantenerse vigentes en forma indefinida. En efecto, dicha corporación aseveró, en sentencia del 30 de agosto de 2011<sup>41</sup>:

*“(...) los contratos... son instrumentos para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales.*

*La perpetuidad, extraña e incompatible al concepto de obligación, contraría el orden público de la nación por suprimir ad eternum la libertad contractual (artículos 15, 16 y 1602, Código Civil; 871 y 899, Código de Comercio). (...)*

*La Constitución Política de 1991, incorporó al derecho interno los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, consagró disposiciones de principio, enunció un catálogo mínimo de derechos fundamentales, libertades y garantías... cuya sola mención **excluye toda relación perpetua al aniquilar per se la libertad, cuestión esta de indudable orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad. Por demás, la transitoriedad de la relación jurídica***

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011. Expediente No. 11001-3103-012-1999-01957-01.

*y la prohibición de relaciones contractuales u obligatorias perpetuas, deriva de los principios generales de las obligaciones”.* (Se resalta).

### 3. Las directrices de la jurisprudencia y la doctrina en relación con la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas

A este respecto, vale la pena recordar, en primer lugar, que varias disposiciones que regulan la contratación pública, contenidas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública<sup>42</sup> como en varios regímenes especiales, aluden a la prórroga de los contratos celebrados por las entidades estatales. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 regula la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión, los artículos 6 y 7 de Ley 1508 de 2012<sup>43</sup> se refieren a la prórroga de los contratos de asociación público-privada, y el artículo 6° de la Ley 1369 de 2009<sup>44</sup> dispone sobre la prórroga del contrato de concesión para la prestación del servicio de correo.

Lo anterior demuestra que la prórroga de los contratos de ejecución sucesiva no resulta extraña a la contratación estatal, y así lo ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia. La posibilidad de prorrogar tales contratos obedece también, como en los contratos de derecho privado, a la autonomía de la voluntad, principio que no es ajeno a la contratación estatal. Pero en este campo la posibilidad de prorrogar los contratos y las condiciones de tales acuerdos están sujetas a límites y restricciones especiales que se derivan en unos casos de normas especiales, como las que se ha citado, y en otros, de los principios generales a los cuales se somete la contratación de todas las entidades estatales, como lo dispone explícitamente el artículo 13 de la Ley 1150.

Por esta razón, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado, por ejemplo, que no resultan viables las **prórrogas automáticas** en esta clase de contratos. Así, en la sentencia C-350 de 1997<sup>45</sup>, la Corte manifestó que la prórroga automática de los contratos de concesión para la utilización de espacios en los canales públicos de televisión, que regulaban las Leyes 14 de 1991<sup>46</sup> y 182 de 1995<sup>47</sup>, resultaba inconstitucional, por desconocer el derecho de todas las personas a utilizar el espectro electromagnético en condiciones de igualdad, así como el derecho a fundar y operar medios masivos de comunicación. Luego, mediante la sentencia C-949 de 2001<sup>48</sup>, la misma corporación declaró inexecutable varios apartes y expresiones del artículo 36 de la Ley 80 de 1993 que establecían la prórroga automática de los contratos de concesión para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, así como para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, por

42 Contenido en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, entre otras.

43 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

44 “Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones”.

45 Corte Constitucional, sentencia C-350 del 29 de julio de 1997. Expedientes D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D-1574 (acumulados).

46 “Por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial”.

47 “Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman 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”.

48 Corte Constitucional, sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. Expediente D-3277.

considerar que los referidos apartes normativos vulneraban los derechos a la libre competencia económica y a utilizar el espectro electromagnético en igualdad de condiciones. En esta providencia, la Corte Constitucional precisó que lo que se consideraba contrario a la Carta no era el hecho de que tales contratos pudieran prorrogarse, por el acuerdo de voluntades de las dos partes, sino la circunstancia de que la ley estableciera la prórroga en forma automática. Sobre este punto mencionó:

*“Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, **la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, (sic) puede ser una herramienta muy útil en determinados casos**”.* (Resalta la Sala).

Más adelante, en la sentencia C-068 de 2009<sup>49</sup>, la misma corporación, además de reiterar su jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las prórrogas automáticas de los contratos celebrados por las entidades estatales, declaró inexecutable algunas expresiones contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1 de 1991<sup>50</sup>, por considerar que la indeterminación en el número de veces que podían prorrogarse las concesiones portuarias vulneraba el interés público, así como los derechos de todas las personas a la libre competencia económica y a participar en la actividad económica de la nación en igualdad de condiciones. En la citada providencia dijo:

*“En suma, es necesario resaltar que el simple hecho de que en la norma se plantee la posibilidad de prorrogar el término de los contratos no implica en sí misma una limitación a la libre competencia. Como tampoco sería correcto afirmar, al estilo de lo dicho por el demandante, que la previsión de la prórroga de un contrato de concesión implique la privatización de un sector o la apropiación de unos bienes públicos afectados para su prestación. **No sobra destacar que la entidad estatal tratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática.** (...)*

*En línea con los criterios expuestos, la Corte estima que las prórrogas sucesivas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos... así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria.*

*A ello se añade que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal (artículo*

49 Corte Constitucional, sentencia C-068 del 10 de febrero de 2009. Expediente D-7345.

50 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”.

63 C.P.). **Así habrá de decidirse que las prórrogas “sucesivas” en número indeterminado viola (sic) los artículos 2º, 13 y 333 de la Constitución Política”.**

En el mismo fallo la Corte manifestó lo siguiente sobre la posibilidad de que el Gobierno nacional autorice excepcionalmente una concesión portuaria o una prórroga a la misma por un plazo superior a veinte (20) años, como la norma demandada lo permite:

*“Lo anterior hace razonable que el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 habilite al Gobierno nacional para otorgar excepcionalmente a una concesión portuaria un plazo mayor de explotación o prórroga, cuando fuere necesario para que en condiciones normales razonables de operación los concesionarios recuperen el valor de las inversiones, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos. La razonabilidad de lo dispuesto descansa en que el Legislador no libra a la mera voluntad del Gobierno la posibilidad de ampliar por encima de los 20 años los términos, ya que tal decisión se estructura con los requerimientos de la operación como son la recuperación del valor de las inversiones y el estímulo a realizar la prestación del servicio al público en las instalaciones portuarias.*

*En tal orden, la ampliación del término de la concesión o de la prórroga será determinable, con base en factores objetivos, de acuerdo con cálculos económicos previsible. (...) Como es fácil de notar, las razones que justifican el aumento en el término son perfectamente cuantificables y su fundamento se reflejará previamente en un cálculo financiero que tenga en cuenta las variables relacionadas con el negocio y con los costos que aparece. A través de este ejercicio, sobre el que descansa la necesaria motivación de la prórroga, se podrá controlar el uso de esta facultad discrecional, que no arbitraria, concedida al Gobierno. (...)*

*4.3.6. Finalmente es necesario resaltar, que la estabilidad económica y la apertura al público del puerto concesionado, no son los únicos criterios a tener en cuenta... La operación del puerto, se reitera, es un servicio público... Lo anterior implica la necesidad de introducir un condicionamiento al artículo en el entendido que el Gobierno, al hacer uso de esta facultad, deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios...” (Se resalta).*

Finalmente, en la sentencia C-300 de 2012<sup>51</sup>, la Corte Constitucional sostuvo que en los contratos de concesión para la ejecución de obras públicas, la adición y la prórroga de los mismos resulta viable exclusivamente cuando se trate de ejecutar las obras y las actividades adicionales que se requieran, en forma extraordinaria, para cumplir adecuadamente el objeto principal, y no para realizar obras o actividades ajenas a dicho objeto. Por tal razón, en esta providencia se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “*obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado*”, contenida en el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido de que dicho texto “*solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial*”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha coincidido, en líneas generales, con lo manifestado por la Corte Constitucional sobre la prórroga de los contratos estatales. Puntualmente

51 Corte Constitucional, sentencia C-300 del 25 de abril de 2012. Expediente D-8699.

sobre las prórrogas automáticas, esta corporación ha manifestado que las cláusulas que las contengan vulneran varios principios que gobiernan la contratación estatal y que se derivan tanto de la Carta Política como de la ley, motivo por el cual dichas estipulaciones están viciadas de nulidad absoluta, que debe ser declarada por los jueces, incluso de oficio. Así, por ejemplo, en sentencia del 26 de febrero de 2015<sup>52</sup>, el Consejo de Estado afirmó lo siguiente, en relación con un contrato perfeccionado al amparo del decreto ley 222 de 1983:

*“Como se observa, el término de duración del contrato quedó sujeto a la circunstancia de que antes no se hubiere configurado su “prórroga automática” por el silencio de ambas partes, lo cual, sea en vigencia del decreto ley 222 de 1983 o en vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta abiertamente ilegal, en el primer evento, en virtud de la prohibición expresa de que trata el artículo 58 de la norma<sup>53</sup>, en el segundo, por cuanto, además de que en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales, principios que se encuentran consignados positivamente tanto en la Constitución Política de 1991 - artículos 1, 2, 13, 209 - como en la Ley 80 de 1993 - artículos 24 y 25 -”.* (Negritas fuera del texto).

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han resaltado la importancia del principio o deber de planeación en toda la actividad contractual de las entidades públicas, y no solamente antes de iniciarse el proceso de contratación, o de forma previa a la celebración del contrato. A este respecto, la Sala de Consulta manifestó lo siguiente, en el concepto n.º 2150 de 2013<sup>54</sup>:

*“En el Estado social la necesidad de una política anticipadora – preventiva (con el fin de que el daño o los prejuicios ni siquiera lleguen a producirse), tiene pleno sustento en los artículos 1, 2, 334, 339, 341 y 365 C. P.*

*En este sentido, al decir de Benda<sup>55</sup>, la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución. Por ello cobra creciente peso la cláusula del Estado social como categoría jurídica orientada al futuro dándole sentido al mandato constitucional para la planificación<sup>56</sup> que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto. Señala el autor alemán que la planificación se basa en prognosis, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses*

52 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2015, radicación número 63001-23-31-000-1999-01000-01(30834).

53 “[19] Decreto 222 de 1983. Artículo 15: “En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”.

54 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 2150 del 30 de octubre de 2013. Expediente n.º 11001-03-06-000-2013-00214-00.

55 “[7] BENDA, Ernesto. *Manual de Derecho Constitucional, segunda edición*. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss.”.

56 “[8] ‘El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora... Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planificación’. Benda, *op. cit.* p. 554”.

*y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta*<sup>57</sup>. (Se resalta).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 5 de junio de 2008<sup>58</sup>, sostuvo:

*“(...) Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado (...) En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado”. (Se destaca).*

Y la misma corporación, en sentencia del 13 de junio de 2013<sup>59</sup>, añadió:

*“(...) Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.*

*La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal...*

*(...) En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos... En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”. (Negrillas ajenas al texto original).*

La línea jurisprudencial que se ha descrito, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permite extraer las siguientes conclusiones generales sobre la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas:

57 “[9] Óp. cit., p. 557”.

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 15001233100019880843101- 8031.

59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, expediente n.º 26.637.

(i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal.

(ii) Sin embargo, resulta inconstitucional e ilegal la prórroga *automática* de tales contratos, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros.

Por las mismas razones, resultarían inconstitucionales las normas y las cláusulas que permitan la prórroga sucesiva e indefinida de esta clase de contratos, esto es, sin que se limite el número de veces que se pueden prorrogar ni su duración máxima.

En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de planeación. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato, y no exclusiva ni principalmente para favorecer al contratista respectivo.

En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes, sino en especial, a la decisión consciente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras.

Por lo tanto, no puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un *derecho* del contratista. Ni siquiera en los contratos celebrados entre particulares existe ese derecho en cabeza de alguna de las partes contratantes, o de las dos, salvo que se haya pactado una cláusula de prórroga automática y se den las condiciones para que la misma opere, o bien que se haya estipulado expresamente ese derecho, ora que la ley lo establezca directamente, respetando los principios constitucionales, como sucede en algunos eventos<sup>60</sup>. Fuera de tales hipótesis, lo que tiene el contratista del Estado es una mera y legítima expectativa a que el contrato se prorrogue y, por supuesto, el derecho *a solicitar o pedir* que la prórroga sea *evaluada* por la entidad contratante y le informe su posición al respecto.

#### **4. Consideraciones finales sobre la prórroga del contrato n.º 078 de 1988**

Tal como se ha demostrado en los numerales anteriores: (i) las disposiciones especiales a las que está sujeto el contrato n.º 078-88 celebrado entre Carbocol y Drummond nada dispo-

<sup>60</sup> Como, por ejemplo, el derecho que otorga el artículo 518 del Código de Comercio al comerciante-arrendatario para exigir la prórroga o "renovación" del contrato de arrendamiento sobre locales comerciales, cuando se dan las condiciones que dicha norma señala.



nen en forma expresa y específica sobre la posibilidad de prorrogar esa clase de contratos, es decir, los celebrados por las entidades descentralizadas sobre áreas recibidas en aporte; (ii) las normas generales del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, a las que también se encuentra sometido dicho contrato, en todo lo no previsto en las disposiciones especiales, tampoco establecen expresamente nada sobre el punto, pero el principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes prorrogar de mutuo acuerdo este y cualquier otro contrato de ejecución sucesiva o diferida, y (iii) los principios generales que gobiernan la contratación de las entidades estatales permiten igualmente prorrogar, en principio, cualquier contrato de ejecución sucesiva celebrado por una entidad estatal, siempre que la prórroga no esté prohibida, que no se dé en forma automática ni sucesiva (indefinidamente), que la extensión del plazo sea necesaria o, al menos, conveniente para alcanzar la finalidad de interés público perseguida con el contrato, y que, en general, la celebración y ejecución de la prórroga respete los mencionados principios.

Con fundamento en lo anterior, puede decirse, en principio, que la prórroga del contrato de exploración y explotación carbonífera n.º 078-88 resulta jurídicamente viable, siempre que las dos partes –actualmente la Agencia Nacional de Minería (ANM) y Drummond– estén de acuerdo con la misma. A dicho convenio no se podría llegar, según lo explicado, sino luego de que la ANM, en desarrollo de los principios de economía, eficiencia, eficacia, transparencia, planeación y protección del interés público, haya evaluado cuidadosamente las alternativas de las cuales dispone, así como los costos, riesgos y demás consecuencias (técnicas, económicas, ambientales y sociales, entre otras) de cada una de dichas opciones.

Tales alternativas incluirían, entre otras, la terminación del contrato al vencimiento de su plazo y la posterior concesión de los yacimientos carboníferos, ya sea a Drummond o a otra firma, así como la prórroga del contrato vigente por el plazo que se estime conveniente (y no necesariamente por 30 años, como lo solicita la sociedad extranjera).

Ahora bien, un aspecto que debe analizarse con más detenimiento es el del régimen jurídico al cual quedaría sometido el contrato n.º 078-88 durante su prórroga, lo cual determinaría también las condiciones mínimas en las que dicha prórroga debería pactarse, en consideración a que el sistema de aporte de áreas no está previsto actualmente en la legislación minera, y que el aporte n.º 871, con fundamento en el cual Carbocol celebró este contrato con Drummond, fue cancelado expresamente por el Ministerio de Minas al entrar a regir la Ley 685.

Lo anterior permite inferir que una prórroga simple del contrato, es decir, aquella que consista solamente en la extensión o ampliación de su plazo, dejando intactas las restantes cláusulas, no sería posible, pues las partes no podrían simplemente renovar su consentimiento en relación con un contrato que la ley no regula ni permite celebrar actualmente, pues ese acuerdo de voluntades adolecería, más que de un objeto ilícito, de un objeto jurídicamente imposible<sup>61</sup>.

En el concepto número 578 de 1994<sup>62</sup>, la Sala estudió una situación similar a la que se refiere la presente consulta, consistente en determinar si era posible prorrogar los contratos

61 El inciso tercero del artículo 1518 del Código Civil estatuye: “Si el objeto [del contrato] es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

62 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de febrero de 1994. Radicación n.º 578.

de concesión petrolera que habían sido suscritos con anterioridad, en vigencia del Código de Petróleos contenido en el Decreto Legislativo 1056 de 1953, habida consideración de que el artículo 31 de la Ley 10 de 1961<sup>63</sup> derogó expresamente el inciso final del artículo 23 del citado código, que permitía la prórroga de tales contratos hasta por diez (10) años, y posteriormente el decreto ley 2310 de 1974<sup>64</sup> abolió el régimen de concesiones en materia de hidrocarburos, para disponer, en su reemplazo, que la exploración y explotación de tales recursos de propiedad nacional estaría exclusivamente a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, la cual podría llevar a cabo dichas actividades directamente o mediante contratos de asociación, operación, servicios o de cualquier otra clase distinta a la concesión.

En relación con este problema jurídico, la Sala manifestó lo siguiente en dicha ocasión:

**“4. Opción de prórroga.** En los contratos de concesión de hidrocarburos, el Código de Petróleos establecía la prórroga de los mismos, como una opción a favor del contratista o concesionario, hasta por diez (10) años más. Pero esta opción no era ad libitum, sino sujeta al efectivo cumplimiento de dos obligaciones que el inciso final del Artículo 23 *ibídem* hacía consistir, primeramente, en pagar al Gobierno nacional las regalías e impuestos vigentes a la fecha en que deba empezar a contarse la prórroga, y además, en **dar cumplimiento “a las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga”**.”

*Ha quedado suficientemente explicado que el inciso final del artículo 23 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) que establecía la prórroga de los contratos de concesión, fue derogado por el artículo 31 de la Ley 10 de 1961 y que, con posterioridad el Decreto - Ley 2310 de 1974 abolió la figura jurídica de la concesión en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos. Esa situación fue creada por el legislador colombiano con apoyo en motivos de utilidad pública que buscaban una mejor regulación de un recurso natural de propiedad del Estado (...)*

*Si en ejercicio de una opción otorgada por la ley al contratista, este hubiese pactado la prórroga como cláusula del respectivo contrato de concesión, su derecho a la misma sería ostensible. Pero siempre que no existieran condicionantes, como los que se dejan expresados. Y es que, **suprimidas desde 1991 (sic) la posibilidad de la prórroga y desde 1974 el contrato de concesión de hidrocarburos, hoy en día no existen “disposiciones legales” que rijan la correspondiente materia. Lo que hay son disposiciones legales que presiden la celebración de otra clase de contratos sobre explotación de hidrocarburos, las que no son susceptibles de aplicación analógica a un régimen de contratación desaparecido. De modo que la nueva legislación es inaplicable a los contratos de concesión, a su prórroga y a la materia impositiva en relación con los mismos. (...)***

*Por consiguiente, el concesionario no disponía al celebrar el contrato (y con mayor razón a partir de la vigencia de la nueva legislación expedida en 1974) de un derecho de los denominados por la Constitución, adquirido... por cuanto no se había incorporado definitivamente a su patrimonio, en razón de las exigencias impuestas por la misma ley que servía de soporte a la opción de prórroga. **Esta ley defería el efectivo ejercicio de la***

63 “Por el cual se dictan disposiciones en el ramo de petróleo”.

64 “Por el cual se dictan normas sobre abolición del régimen de concesiones en materia de hidrocarburos y se adiciona el Artículo 58 del Decreto 2053 de 1974”.

***opción, no tan solo al vencimiento del término de duración del contrato, sino a la vigencia de leyes que regularan la concesión y su aspecto tributario. De donde se infiere que el contratista disponía, en el aspecto específico de la prórroga, de una mera expectativa.***

***Ciertamente la situación contractual fue respetada, pero el derecho público de la Nación hizo imposible la renovación o prórroga***". (Negrillas añadidas).

Aparentemente la situación que ocupa la atención de la Sala en esta ocasión es similar a la que fue analizada en aquella oportunidad, lo cual, en principio, haría que debiese adoptarse la misma conclusión, esto es, que resultaría imposible prorrogar los contratos para la exploración y explotación mineras celebrados por las entidades descentralizadas (como Carbocol) sobre áreas de aporte, habida consideración de que las normas de derecho público que permitían y regulaban el sistema de aportes y los contratos respectivos desaparecieron del ordenamiento jurídico desde la entrada en vigencia de la Ley 685 de 2001, y no existe en la actualidad ningún sistema que lo reemplace.

Sin embargo, la Sala observa que existen al menos dos diferencias relevantes entre el asunto que fue objeto del concepto 578 de 1994 y la situación que se analiza en esta ocasión, las cuales permiten a la Sala llegar a una conclusión distinta:

(i) En primer lugar, los artículos 23 y 24 del decreto ley 1056 de 1953 condicionaban expresamente la prórroga de los contratos de concesión petrolera al hecho de que el concesionario se obligara a "*cumplir las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga*", las cuales, como se explicó, no permitían en 1994 la prórroga de tales contratos ni la celebración de nuevos contratos de concesión petrolera, al haberse eliminado dicho sistema y entregado el monopolio de tal actividad a Ecopetrol. En el caso que actualmente se estudia, por el contrario, no existe ninguna norma legal que condicione expresamente la prórroga de los contratos mineros sobre áreas de aporte, a que el contratista se obligue a cumplir las disposiciones vigentes en el momento de la prórroga, si bien, como se explicó, no es posible continuar con el sistema de aportes, porque dicho sistema fue eliminado de la legislación minera y los aportes otorgados a varias entidades públicas (entre ellas Carbocol) fueron cancelados del registro minero nacional.

(ii) En la situación que fue estudiada por la Sala en 1994, no era posible efectuar una conversión o adaptación de los contratos de concesión petrolera a los nuevos contratos que establecía la ley, porque dichos contratos fueron celebrados por la Nación, mientras que los nuevos contratos previstos en el artículo 1º del decreto ley 2310 de 1974 (de asociación, operación, prestación de servicios y otros) solamente podían ser suscritos por Ecopetrol, como contratante. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, la parte contratante del contrato n.º 078-88 es, en la actualidad, la Agencia Nacional de Minería (ANM), que es la misma entidad que funge como parte concedente en los contratos de concesión minera.

(iii) Por otro lado, el objeto del mencionado contrato guarda una gran similitud con el objeto de los contratos de concesión minera, como más adelante se verá.

Dado lo anterior, la Sala considera que sería legalmente posible prorrogar el contrato minero n.º 078 de 1988 celebrado entre Carbocol S. A. y Drummond Ltda., pero resultaría nece-

sario adecuar dicho contrato a lo previsto en la legislación actual en materia minera, particularmente a las normas que regulan el tipo de contrato que más se le asemeja, el cual, sin lugar a dudas, es el contrato de concesión minera, que se encuentra definido en el artículo 45 del Código de Minas, en los siguientes términos:

*“Artículo 45. Definición. El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.*

*El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes”.* (Se subraya).

En efecto, aunque las normas legales y reglamentarias vigentes en la época en la que se celebró el contrato n.º 078-88 distinguían entre este tipo de contratos (sobre áreas de aporte) y los contratos de concesión, e incluso, algunas disposiciones reglamentarias prohibían expresamente que las entidades descentralizadas del sector celebraran con terceros contratos de concesión para la exploración y explotación de minerales en tales zonas, no puede desconocerse el hecho de que el contrato celebrado entre Drummond y Carbocol reúne los elementos sustanciales que permitirían calificarlo, hoy en día, como un contrato de concesión.

Así, por ejemplo: (i) la cláusula primera de dicho contrato dispone que su objeto consiste en *“la exploración, construcción y montaje, y explotación de un Proyecto Carbonífero en el Área Contratada descrita en la Cláusula Tercera...”*; (ii) en la cláusula vigésima se estipula que *“el carbón extraído proveniente del Área Contratada, será de propiedad exclusiva de Drummond, quien podrá disponer de él libremente...”*; y (iii) en el capítulo V del mismo instrumento se regulan las sumas de dinero que como contraprestación debe pagar Drummond a la entidad contratante (actualmente la ANM), entre las cuales se incluye una *“regalía en efectivo”* equivalente al *“15% del precio FOB presuntivo en boca de mina por cada Tonelada del Proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación...”* (cláusula vigesimotercera).

Adicionalmente, vale la pena reiterar que en la exposición de motivos de la Ley 685 de 2001 se indicó que el sistema de aportes, en su concepción original, constituía una *“forma de concesión especialísima y extraordinaria... para proyectos de singular dimensión e importancia”* (se resalta), y también, que el régimen aplicable a dichos aportes acusaba *“una artificiosa regulación”*, por lo cual se propuso su eliminación.

Por lo tanto, sería necesario que la Agencia Nacional de Minería efectuara una comparación cuidadosa de las estipulaciones del contrato n.º 078-88 (incluyendo sus modificaciones) con las normas que regulan actualmente el contrato de concesión minera, contenidas principalmente en el título segundo del Código de Minas, para determinar qué cláusulas contractuales deberían ser modificadas, adicionadas y eventualmente suprimidas en una eventual prórroga, teniendo en cuenta, además, la etapa de **explotación** en la que dicho contrato se

encuentra hoy en día (y que, por lo tanto, haría inútil, en principio, modificar las estipulaciones referentes a los períodos de exploración y de construcción y montaje).

En todo caso, la Sala advierte que como resultado de dicho ejercicio y de los ajustes que se requiera hacer al contrato, no podría modificarse sustancial o materialmente el objeto del mismo (que consiste, como se indicó, en la exploración y explotación de un determinado yacimiento de carbón, además de la construcción y el montaje de la infraestructura respectiva), pues de lo contrario, ya no podría hablarse de una mera prórroga y modificación, sino de la celebración de **un nuevo contrato**, el cual, naturalmente, tendría que sujetarse a los procedimientos, reglas y exigencias previstas para el efecto en la Ley 685 de 2001.

En punto a la duración de la prórroga, sería necesario tener en cuenta, dentro de este ejercicio de adaptación, lo que dispone el artículo 77 del Código de Minas:

*“Artículo 77. Prórroga y renovación del contrato. Antes de vencerse el período de explotación, el concesionario podrá solicitar una prórroga del contrato de hasta treinta (30) años que se perfeccionará mediante un acta suscrita por las partes, que se inscribirá en el Registro Minero. Vencida la prórroga mencionada, el concesionario tendrá preferencia para contratar de nuevo la misma área para continuar en ella las labores de explotación. Esta no tendrá que suspenderse mientras se perfecciona el nuevo contrato. En lo relativo al principio de favorabilidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 357 de este código”.* (Negrilla ajena al texto).

Así, en el evento de que el Gobierno nacional y la ANM llegaren a considerar conveniente, para los intereses del Estado, la prórroga del contrato minero n.º 078-88, y pudieren llegar a un acuerdo con el contratista sobre las condiciones de la misma, sería necesario tener en cuenta que el plazo adicional de dicho negocio no podría exceder de treinta (30) años, de acuerdo con lo explicado y lo previsto en la norma transcrita, aunque dicho término, desde luego, podría tener una duración inferior (de 1 a 29 años).

Para finalizar este aparte, es importante referirse a los argumentos con base en los cuales Drummond ha solicitado en varias ocasiones la prórroga del contrato:

(i) En primer lugar, la firma extranjera considera que la prórroga es procedente en virtud de lo pactado en la cláusula vigesimosexta del contrato y lo dispuesto en los artículos 77 y 352 del Código de Minas.

A este respecto, cabe recordar, en primer lugar, que la cláusula vigesimosexta del contrato n.º 078-88, tal como fue modificada por las partes en la escritura pública n.º 4142 del 18 de agosto de 1993, establece la “duración máxima” de dicho negocio (30 años) y dispone que el mismo estará sujeto a prórrogas, de la forma estipulada en la cláusula cuadragésima (40ª). Como ya se explicó, la cláusula 40ª consagra expresamente la prórroga del plazo total del contrato, pero solo cuando se presenten eventos de caso fortuito o fuerza mayor que impidan temporalmente su ejecución por parte de Drummond, circunstancia en la cual el contrato se prorroga únicamente por el número de días necesario para reponer el tiempo durante el cual haya sido imposible ejecutar el contrato.

En segundo lugar, la firma contratista considera que, en virtud de lo previsto en el artículo 352 de la Ley 685 de 2001, al contrato que nos ocupa le es aplicable lo dispuesto en el artículo 77 de la misma normatividad, el cual, como se indicó, señala la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión minera hasta por un período de treinta (30) años. Para mayor claridad, la Sala estima pertinente transcribir el artículo 352 del Código de Minas:

*“Artículo 352. Beneficios y prerrogativas. Los términos, condiciones y obligaciones establecidas en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados, serán cumplidas conforme a dichas leyes y a las cláusulas contractuales correspondientes, sin perjuicio de serles aplicables los beneficios de orden operativo y técnico, así como las facilidades y eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en este Código, con excepción de las referentes a las condiciones o contraprestaciones económicas. En lo que corresponde a la reversión de bienes se estará a lo dispuesto en el artículo 113 y 357 de este Código”. (Se destaca).*

Como puede observarse, la norma transcrita permite que a los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados con fundamento en las normas anteriores a la Ley 685, se les apliquen los beneficios de orden operativo y técnico, así como las facilidades y la eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en dicho código, con excepción de los referentes a las condiciones o contraprestaciones económicas. Sin embargo, la prórroga de un contrato no puede calificarse como un “beneficio de orden operativo y técnico” y menos aún, como un “trámite” que la Ley 685 de 2001 haya eliminado o abreviado, pues, como se explicó en precedencia, la prórroga constituye un acto jurídico pluripersonal o convencional, que genera importantes efectos jurídicos para las partes, en la medida en que extiende la vigencia del respectivo contrato de ejecución sucesiva y, por lo tanto, permite que este siga actuando como fuente de obligaciones. Por lo tanto, aun si la prórroga de un contrato pudiera considerarse como un “beneficio” para el contratista, este no sería de naturaleza operativa y técnica, sino de índole jurídica y económica.

Así, lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Minas en relación con el contrato n.º 078 de 1988, no lleva a la aplicación del artículo 77 de la misma codificación, que se refiere a la prórroga de los contratos de concesión, para concluir erróneamente que esta última norma permitiría prorrogar el contrato minero celebrado entre Drummond y Carbocol, y menos aún, para deducir un presunto derecho del contratista a dicha prórroga.

Si la Sala considera aplicable lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 685 de 2001 a la eventual prórroga que se acordare del contrato n.º 078-88, es única y exclusivamente para establecer la duración máxima que podría tener dicha prórroga, en virtud a la necesidad de adecuar este negocio (en la hipótesis de ser prorrogado) a las normas que actualmente regulan el contrato de concesión minera, tal como atrás se explicó. Esto es bien diferente a decir que la norma mencionada sirva de fundamento para prorrogar el citado contrato, o que tal disposición otorgue indirectamente un derecho a la prórroga en cabeza del contratista, afirmaciones que la Sala rechaza.

(ii) En segundo lugar, Drummond considera que tiene derecho a la prórroga en virtud del principio de igualdad, por haber autorizado el Estado la prórroga de otros contratos mineros que considera de condiciones similares.

En las comunicaciones DRU-164-10 del 12 de marzo de 2010 y DRE-00300-10 del 11 de mayo del mismo año, Drummond manifestó que Ingeominas (como autoridad minera competente en ese momento) había autorizado la prórroga de algunos contratos mineros suscritos con otras compañías “*en la misma época del contrato La Loma*”, con términos de antelación superiores a diez (10) años a las fechas de terminación de cada uno de dichos contratos y sin exigir condiciones ni contraprestaciones adicionales de los respectivos contratistas.

Sobre este asunto, es necesario mencionar que cada uno de los proyectos mineros y de los respectivos contratos que permiten su desarrollo, es diferente de los demás por una multitud de factores técnicos, operativos, económicos y jurídicos, tales como la ubicación y el área de los yacimientos, la productividad de cada mina, la mayor cercanía o lejanía de esta a los medios de transporte y a los puertos de exportación, las características particulares del mineral que se extrae (pureza, poder calórico etc.), el hecho de que tales recursos se vayan a destinar exclusiva o principalmente al mercado externo o, por el contrario, al consumo doméstico, las condiciones del mercado nacional e internacional durante el período de explotación y la fecha en la que cada contrato se perfecciona.

Todos los factores mencionados hacen que la aplicación del principio de igualdad resulte sumamente difícil en este tipo de contratos, pues las condiciones de los proyectos mineros y de los respectivos contratos no son semejantes, sino apenas en aspectos muy generales (el tipo de mineral a explotar, la región del país en el cual se encuentran las minas, la “época” en la que dichos contratos se celebran etc.). Para citar un ejemplo, el solo hecho de que los otros contratos citados por Drummond hayan sido suscritos algunos años e, incluso, meses después del contrato 078-88, hace que tales contratos queden sujetos al Código de Minas contenido en el Decreto 2655 de 1988, normatividad que entró a regir el 23 de junio de 1989 y que no es aplicable al contrato celebrado entre Carbocol y Drummond, como atrás se explicó.

Por otro lado, es importante resaltar que el Estado, en cabeza de la autoridad minera competente, no está obligado a prorrogar esta clase de contratos, como también se indicó. En esa medida, si la autoridad minera considera conveniente para el interés público prorrogar alguno de estos contratos, tal decisión no conlleva necesariamente que deba autorizar la prórroga de otros contratos, aunque estos se aprecien como “similares”; y aun si decide prorrogarlos, tampoco está obligado a hacerlo por el mismo término y en las mismas condiciones en las que haya accedido a la prórroga del primero de los contratos citados. Por el contrario, el deber de planeación que, como se indicó, resulta aplicable también a esta clase de contratos, obliga a la autoridad competente a realizar un análisis cuidadoso y detallado de las condiciones concretas de cada yacimiento, proyecto y contrato mineros, con el fin de determinar en cada caso la necesidad o conveniencia de prorrogar los respectivos contratos, así como las condiciones particulares en las que tales acuerdos deben estipularse.

Todo lo anterior permite inferir que difícilmente podrían ser iguales el plazo y las condiciones de las prórrogas que se celebren en relación con diferentes contratos mineros, aunque pueda parecer que estos son iguales o similares por el tipo de recursos a los cuales se refieren, la región o la época en la que fueron suscritos.

Por lo demás, el único contrato respecto del cual se ha solicitado a la Sala de Consulta y Servicio Civil en esta consulta evaluar la viabilidad de su prórroga y las condiciones en que la misma podría darse, es el número 078-88 firmado entre Carbocol S. A. y Drummond Limited. La Sala asume que el Estado tuvo razones específicas (en el campo jurídico, técnico, operativo y financiero) para haber decidido prorrogar los otros contratos señalados por la compañía extranjera, pero tales consideraciones y motivos no son materia de este concepto.

Finalmente, Drummond sostiene que la prórroga solicitada es consecuencia de la aprobación, por parte de Ingeominas, del “Plan para la operación integrada de los contratos mineros La Loma, El Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa”.

A este respecto, debe mencionarse, en primer lugar, que el capítulo XI del libro segundo del Código de Minas define y regula las operaciones conjuntas en la actividad minera, las cuales involucran diferentes modalidades, tales como la “*integración de áreas*” (artículo 101), la “*integración de operaciones*” (artículo 104) y las “*instalaciones comunes*” (artículo 105). Cada una de estas formas de operación conjunta se encuentra descrita y regulada de forma independiente en la Ley 685 de 2001, de acuerdo con sus propias particularidades, por lo cual no deben confundirse.

De acuerdo con los documentos y la información remitidos por el ministerio consultante, la Sala entiende que el “*Plan para la operación integrada de los contratos mineros La Loma...*” corresponde a la modalidad de “integración de operaciones” que establece el artículo 104 del Código de Minas, y no a la modalidad de “integración de áreas” que regula el artículo 101 ibídem, modificado por el artículo 23 de la Ley 1753 de 2015<sup>65</sup>. En efecto, la primera de las normas citadas dispone:

*“Artículo 104. Integración de operaciones. Podrá establecerse para la construcción, montaje y explotación de áreas objeto de títulos mineros y de áreas cuyo subsuelo minero sea de propiedad privada un programa de uso integrado de infraestructura que se formalizará mediante un acuerdo entre los interesados, que deberá ser aprobado por la autoridad minera”.*

A diferencia de la “*integración de áreas*”, que implica generalmente la unión de los contratos con base en los cuales se realiza la exploración y explotación, para dar lugar a un solo contrato de concesión, como lo prescribe el artículo 101 del Código de Minas, la “*integración de operaciones*” no conlleva la fusión o integración de los contratos y demás títulos mineros, por lo cual dicha forma de operación conjunta no genera efecto jurídico alguno en los respectivos títulos, que siguen existiendo de forma independiente y mantienen sin ningún cambio sus estipulaciones (en el caso de los contratos) o disposiciones (en el de las licencias y permisos previstos en la legislación anterior), salvo en los aspectos técnicos u operativos que necesariamente deban variar con la aprobación del plan de operación minera integrada.

Así lo reconoce expresamente Drummond en los documentos que contienen el plan integrado y que sometió a aprobación de Ingeominas. Por ejemplo, en el documento mediante el cual dicha firma solicitó la aprobación del plan minero integrado para los yacimientos citados, se afirma:

65 “Por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país””.



**“CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN.** En este documento se presenta el compendio de todos los estudios técnicos tendientes a optimizar la recuperación de las reservas de carbón existentes en el Sinclinal El Boquerón. Por ello no se limita a un contrato minero, sino que considera cuatro: **La Loma** contrato n.º 078/88, en explotación desde 1995; **El Descanso** en su sector sur, con Estudio de Factibilidad (Programa de Trabajos e Inversiones (PTI)) aprobado el 3 de mayo de 2006, contrato n.º 144/97, y **Similoa y Rincón Hondo**, contratos Nos. 283 y 284 de 1995, para los que se pone en consideración su correspondiente Programa de Trabajos e Inversiones (PTI)...

*El documento abarca lo siguiente: (...)*

*Documento técnico que soporta la **solicitud de aprobación de la OPERACIÓN INTEGRADA** del Complejo Minero El Boquerón.*

Precisamente, la búsqueda de las mejores opciones para desarrollar uno o más contratos mineros, cláusula 21 del contrato n.º 144/97... establece que: (...)

Para cada contrato o título minero debe garantizarse el cumplimiento de las obligaciones establecidas en cada caso.

*Bajo estas condiciones, el Contrato El Descanso es el contrato integrador, a través del cual puede llevarse a cabo la explotación racional del Sinclinal El Boquerón...*

***El beneficio operativo establecido en el artículo 104 de la Ley 685 de 2001 es claramente aplicable a la Operación Integrada que se propone. El uso de la infraestructura existente es requisito fundamental para su ejecución.***

*El Acuerdo entre Drummond Ltd. y el Consorcio, conformado por Drummond Ltd. y Drummond Coal Mining LLC, tiene como prerrequisito que **la Operación Integrada propuesta** haya sido aprobada por Ingeominas...” (Negrillas añadidas).*

Y en el documento intitulado “Modificación Plan Minero Contrato Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa”, del mes de julio de 2010, se indica:

***“En noviembre de 2007 Ingeominas aprobó los PTI de los contratos Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa en el marco de la Operación Integrada del Sinclinal de Boquerón. En este documento se pone en consideración de Ingeominas la modificación de los planes mineros de los contratos Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa. El propósito de esta modificación es actualizar la secuencia de minería, buscando un mejoramiento del Plan minero aprobado. Esta actualización no presenta cambios en el concepto de la Operación Integrada de estos contratos...” (Resaltamos).***

Lo anterior aparece también reflejado claramente en el “otrosí n.º 10” del 29 de mayo de 2009 y en el “otrosí n.º 11” del 6 de agosto del mismo año, que corresponden a las modificaciones duodécima (12ª) y decimotercera (13ª) del contrato, respectivamente.

Como puede apreciarse, entonces, el plan minero integrado que aprobó en su momento Ingeominas corresponde a la modalidad de operación conjunta que el Código de Minas denomina “*integración de operaciones*”, la cual no involucra la fusión o integración de los

contratos y demás títulos mineros, ni la modificación de los mismos (salvo en los aspectos operativos y técnicos que se requieran). Por tal razón, la aprobación de dicho plan conjunto por parte de la autoridad minera no conlleva la prórroga del contrato n.º 078-88 celebrado entre Drummond y Carbocol, ni le otorga a la primera el derecho de exigir que dicha prórroga se autorice.

Vale la pena señalar que, hoy en día, ni siquiera la integración de áreas da lugar necesariamente a la prórroga de los contratos mineros involucrados, o de cualquiera de ellos, pues así lo dispone expresamente el párrafo del artículo 101 del Código de Minas, tal como fue adicionado por el artículo 23 de la Ley 1753 de 2015, cuando señala que *“en ningún caso la integración solicitada dará lugar a prórrogas a (sic) los títulos mineros”*.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la aprobación de dicho plan minero pueda generar algún tipo de expectativas por parte de Drummond, pero dichas expectativas están muy lejos de constituir un derecho adquirido para esa firma, que le permita exigir la prórroga del contrato n.º 078 de 1988.

De todo lo expuesto se concluye que ninguno de los motivos y argumentos planteados por Drummond en las varias comunicaciones que ha enviado a la autoridad minera son suficientes, individualmente o en su conjunto, para concluir que el contrato de gran minería n.º 078-88 celebrado entre dicha firma y Carbocol deba ser prorrogado necesariamente, o para inferir que Drummond tenga un derecho a exigir que la mencionada prórroga se autorice.

La prórroga del citado contrato es viable y podría celebrarse, si la Agencia Nacional de Minería lo estima pertinente y conveniente para el interés público, por las razones explicadas previamente en este concepto.

## **D. Fórmula de liquidación de las regalías pactadas en el contrato – Interpretación y aplicación del factor “rendimiento de la inversión”**

### **1. Las estipulaciones del contrato y sus anexos**

El capítulo V del contrato n.º 078 de 1988 regula las contraprestaciones económicas que Drummond se obliga a pagar a Carbocol (hoy en día, a la ANM), por el derecho que en ese documento se le otorga a explorar y explotar determinado yacimiento de carbón.

Como se explicó previamente, una de tales contraprestaciones es la regalía, cuya fórmula de liquidación se encuentra regulada minuciosamente en la cláusula vigesimotercera del contrato, en conjunto con los anexos números 4 (titulado originalmente “*Flete Presunto*”) y 6 (“*Ejemplo de Cálculo de la Regalía*”), principalmente.

En términos generales, la cláusula mencionada, junto con los citados anexos (en sus versiones originales), establecían los siguientes aspectos principales, dejando de lado varios puntos que no resulta necesario explicar para efectos de esta consulta:

- La regalía que Drummond se obligó a pagar a Carbocol consiste en una suma de dinero equivalente al *“15% del precio FOB presuntivo en boca de mina por cada Tonelada del*

*Proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación, pero nunca menos del cinco por ciento (5%) del precio de venta FOBT promedio ponderado por Tonelada...”.*

- El “precio FOB presuntivo en boca de mina” estaba definido en el numeral 23.3.1 de la misma cláusula como “el precio de venta FOBT promedio ponderado por Tonelada en US\$ para todas las Toneladas de carbón de El Cerrejón Norte...” **menos (-)** el “Flete Presunto por Tonelada del Proyecto, desde la boca de mina hasta el puerto, calculado de acuerdo con el Anexo 4 de este contrato”.
- El “flete presunto” por tonelada de carbón es una suma fija que se determina para cada año en función del volumen de producción, y resulta de sumar dos componentes: (i) los costos operativos o “cash cost”, que a su vez involucran los costos de combustible, electricidad, partes y suministros y mano de obra requeridos para transportar una tonelada de carbón desde la boca de la mina hasta el puerto de embarque, según el sistema de transporte y de embarque acordados, y (ii) los costos no operativos (“no cash cost”) que tienen, a su vez, dos componentes: a) la depreciación y b) el rendimiento sobre la inversión, que corresponde a una tasa del 16.5% anual, calculada sobre la inversión presunta, una vez indexada y amortizada.
- La amortización de la inversión para cualquier mes se obtiene de restar la amortización acumulada hasta el mes anterior, de la inversión presuntiva total para el nivel de producción que corresponda, y de multiplicar este resultado por una tasa de 0,00416666, equivalente a 1/240. Este último factor obedece, al parecer, a que en la fórmula pactada se asume un período de veinte (20) años o 240 meses para la amortización de la inversión.

La cláusula vigesimotercera (23ª) del contrato ha sido modificada parcialmente en diez (10) oportunidades, mediante las escrituras públicas números 4142 del 18 de agosto de 1993, 6564 del 16 de diciembre de 1993, 905 del 24 de febrero de 1994 y 2890 del 19 de mayo de 1994, respectivamente, todas otorgadas en la Notaría Veinte (20) del Círculo de Bogotá, y los “otrosíes Nos. 4, 5, 6, 7, 8 y 9”, del 4 de octubre de 2001, el 29 de noviembre de 2002, el 8 de junio de 2005, el 30 de junio de 2006, el 17 de julio de 2006 y el 24 de mayo de 2007, respectivamente.

En lo que atañe directamente al “flete presunto” y dentro de él, a la amortización de la inversión y el “rendimiento de la inversión”, vale la pena destacar los siguientes cambios:

- Mediante la escritura pública n.º 2890 del 19 de mayo de 1994 (cuarta modificación) se reformó el numeral 23.3.2 de la cláusula vigesimotercera, en el sentido de sustituir las expresiones “precio FOB presuntivo (o presunto) en boca de mina” y “flete presunto”, por los términos “Precio FOB en Boca de Mina” y “monto deducible”, respectivamente, y de variar algunos aspectos de las correspondientes definiciones. Con este mismo instrumento público se modificaron los anexos Nos. 4 y 6 del contrato, que contienen, en su orden, el valor del monto deducible por tonelada de carbón y la forma de establecerlo, y un ejemplo para el cálculo de las regalías.

- En el “otrosí n.º 5” del 29 de noviembre de 2002 (modificación n.º 7), se reformó el numeral 23.3.7 de la misma cláusula (determinación del poder calórico del carbón vendido) y el anexo n.º 4, este último en el sentido de señalar los nuevos valores del “monto deducible” y ajustar el procedimiento para su cálculo.
- Mediante el “otrosí n.º 8” (décima modificación), se varió de nuevo el numeral 23.3.7 de la cláusula 23ª y el anexo n.º 4 del contrato, determinando las nuevas cuantías del “monto deducible” por tonelada de carbón vendida y precisando otra vez el procedimiento para su cálculo.
- Con el “otrosí n.º 9” del 24 de mayo de 2007 (undécima modificación), se ajustó nuevamente la cláusula vigesimotercera del contrato, en el sentido de modificar los numerales 23.1, 23.2, 23.3 (en este para eliminar algunos sub-numerales) y 23.5. Dicho acuerdo incluyó dos anexos: (i) el Anexo n.º 2, con el fin de señalar el procedimiento para determinar el “Precio FOBT de Referencia (PdeR)” para el cálculo de las regalías, y el Anexo 3, que contiene el procedimiento para determinar el factor “API2r(t)” aplicable al precio FOBT de referencia<sup>66</sup>.

A pesar de estas modificaciones, la fórmula de cálculo de las regalías pactada en la cláusula veintitrés del contrato mantiene la misma estructura lógica y conceptual, así como las mismas tarifas (15% y 5%) de la estipulación original. En cuanto resulta sustancial y pertinente para esta consulta, la citada cláusula dispone lo siguiente en la actualidad, luego de la modificación efectuada mediante el “otrosí n.º 9”:

*“23.1 Drummond pagará a Ingeominas como regalía en efectivo el quince por ciento (15%) del Precio FOB en Boca de Mina por cada Tonelada del Proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación, pero nunca menos del cinco por ciento (5%) del Precio FOBT de Referencia (PdeR), tal como se calcula para los efectos de la Cláusula 23.3.1 (i).*

*23.2. El quince por ciento (15%) por concepto de la regalía estipulada en la Cláusula 23.1 será pagado de la siguiente forma: El primer cinco por ciento (5%)... dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de embarque de tales Toneladas del Proyecto. El saldo del diez por ciento (10%) de la regalía será pagado en un plazo máximo de sesenta (60) días...*

*23.3 Para fines del cálculo de la regalía que deba ser pagada según la cláusula 23.1:*

*23.3.1 El término “Precio FOB en Boca de Mina” de una Tonelada del Proyecto de cualquier grado, standard (crushed run-of-mine), lavado y/o tamizado (sized) u otro según el caso, vendida durante cualquier mes en el período de explotación significa:*

**Precio FOBT de Referencia (...)**

**(i) Menos**

<sup>66</sup> Este último factor es una forma de ajustar el precio FOB de cada tonelada de carbón vendido, en función del poder calórico de cada embarque y del costo promedio del flete marítimo entre Puerto Bolívar, Colombia (puerto de embarque de Drummond Ltda.) y algunos puertos del norte de Europa (como Rotterdam).

(ii) El Monto Deducible por Tonelada del Proyecto desde la Boca de Mina hasta el puerto, calculado de acuerdo con el Anexo 4 del presente contrato.

23.3.3 Las Toneladas del Proyecto se consideran vendidas en la fecha en que sean embarcadas en un buque para transporte desde Colombia.

(...)" (Negrillas del original).

Así, puede apreciarse cómo, a pesar de los múltiples cambios acordados por las partes en esta cláusula y en los anexos relacionados durante los últimos veintiséis (26) años, la estructura básica de la fórmula para la liquidación de las regalías se preserva, en el sentido de que Drummond se obliga a pagar una suma equivalente al 15% del precio FOB en boca de mina por tonelada de carbón vendida, el cual resulta de restar al precio FOB de referencia (ajustado por el poder calórico del carbón y el valor de los fletes hacia algunos puertos de Europa), un componente denominado "*monto deducible*", el cual está integrado tanto por los costos operativos en los que se incurre para transportar el carbón desde la mina hasta el puerto de exportación (*cash cost*), como por los costos no operativos (*no cash cost*), que incluyen la depreciación de los activos y un "*rendimiento de la inversión*" determinado en la forma que se ha explicado. La regalía así calculada no puede ser inferior, en ningún caso, al 5% del "*precio FOB de referencia*".

## 2. Análisis sobre la legalidad de la cláusula de regalías

Ahora bien, para determinar la validez de dicha cláusula, desde el punto de vista jurídico, es necesario remontarse a lo que establecían sobre este aspecto las normas que estaban vigentes en el momento de celebrarse el contrato, es decir, al 23 de agosto de 1988.

Tal como se indicó en el primer acápite de este concepto, en la fecha indicada regían las siguientes disposiciones, que se referían específicamente a las regalías y demás contraprestaciones económicas en los proyectos de gran minería de carbón, particularmente por el sistema de aportes:

(i) El artículo 2º de la Ley 60 de 1967, que disponía:

*"Artículo 2º. Debe considerarse que las normas mineras que rigen actualmente solo establecen las **condiciones económicas y fiscales mínimas** a que están sometidos los respectivos beneficiarios en sus relaciones con el Estado. Por consiguiente, en los actos de adjudicación, aporte, arrendamiento, concesión o permiso se **podrán estipular a favor de la Nación, regalías, participaciones y beneficios no consagrados en las disposiciones vigentes y aumentar los previstos en ellas.***

*El Gobierno fijará las **regalías y participaciones adicionales** en los decretos reglamentarios de esta Ley. Para tales efectos tomará en consideración **los costos, precios, inversiones, rendimientos previsible**s y, en general, **todos los factores que incidan en la economía de la operación minera**". (Se resalta).*

(ii) El artículo 4º de la Ley 61 de 1979, el cual preceptuaba en lo pertinente:

**“Artículo 4°. A partir del 1 de enero de 1980 todas las personas que a cualquier título exploren carbón en el territorio nacional pagarán un impuesto igual al 5% del valor en boca de mina del mineral extraído, impuesto que será recaudado por el Fondo Nacional del Carbón.**

*Para los efectos previstos en el presente artículo, el Ministerio de Minas y Energía determinará para cada semestre el precio básico por tonelada de carbón...*

**Parágrafo 1°. Las personas que celebren o hayan celebrado contratos con entidades oficiales descentralizadas para explorar y explotar carbón, en los cuales se estipulen algunas clases de cánones o participaciones, pagarán como impuesto el mayor valor que resulte de aplicar la tarifa estipulada en el presente artículo y el monto de dichos cánones y participaciones.**

(...)” (Subrayas ajenas al texto).

(iii) El artículo 280 del Decreto 2477 de 1986, modificado por el artículo 3° del Decreto 3062 de 1986, que establecía:

**“Artículo 280.- En la fijación del precio básico en boca de mina, para el carbón que se consuma en el país, el Ministerio de Minas tendrá en cuenta, entre otros criterios, los precios vigentes en el semestre inmediatamente anterior.**

**Para el que se destine al mercado externo, tendrá en cuenta criterios técnicos y comerciales pertinentes, tales como el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos en el semestre anterior al de la fecha de determinación, descontando los costos de transporte y portuarios, la calidad del carbón y las características del yacimiento. En caso de que en el semestre anterior no se hubieren efectuado exportaciones de carbón, podrá adoptar el precio con base en valores internacionales de referencia para carbones de calidad similar”.** (Subrayamos).

(iv) El artículo 294 del Decreto 2477 de 1986, modificado por el artículo 4° del Decreto 3062 de 1986, el cual estatúa:

**“Artículo 294. Para los efectos del parágrafo primero del artículo 4° de la Ley 61 de 1979, cuando se hayan estipulado algunas clases de cánones, participaciones o cualquiera sea la denominación que se les dé, que resulten en montos superiores al cinco por ciento (5%) del valor de la producción de boca de mina liquidado sobre el precio determinado por el Ministerio de Minas y Energía, será el mencionado monto resultante de esas clases de participaciones o cánones, el único impuesto que deba abonarse al Fondo Nacional del Carbón, que se distribuirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 61 de 1979.**

*En caso de que los cánones, participaciones, o cualesquiera sea la denominación que se les dé, resultan en montos inferiores al cinco por ciento (5%) del valor de la producción en boca de mina, el monto del impuesto será en este caso para todos los efectos, el cinco por ciento (5%) del valor de esa producción, contándose como parte de él los cánones, participaciones o cualesquiera sumas que se hayan fijado en el contrato”.* (Subrayas ajenas al texto).

De las normas legales y reglamentarias vigentes al momento de la celebración del contrato n.º 078-88, se pueden deducir, entonces, las siguientes reglas principales:

- (i) La obligación de pagar, por concepto de “impuesto al carbón”, una suma equivalente al 5% del precio del carbón en boca de mina, a cargo de todas las personas que explotaran dicho mineral a cualquier título.
- (ii) La función, a cargo del Ministerio de Minas y Energía, de fijar para cada semestre el precio básico por tonelada de carbón. Con tal fin, esa entidad debía tener en cuenta, cuando se tratara de carbón destinado a la exportación, criterios técnicos y comerciales, tales como el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos en el semestre anterior, descontando los costos de transporte y portuarios, la calidad del carbón y las características del yacimiento.
- (iii) La posibilidad de que en cualquier contrato que tuviera como objeto la exploración y explotación de carbón, se pactaran contraprestaciones adicionales y superiores al citado “impuesto al carbón”, con la denominación de cánones, participaciones, regalías y otros.
- (iv) Para la determinación y el cálculo de tales contraprestaciones, debían tomarse en consideración *“los costos, precios, inversiones, rendimientos previsibles y, en general, todos los factores que incidan en la economía de la operación minera”* (se resalta).
- (v) Cuando las regalías, participaciones y demás contraprestaciones pactadas en los contratos superaran el 5% del precio básico del carbón en boca de mina, el valor de dichas contraprestaciones se consideraba como “impuesto al carbón”. Por el contrario, cuando el valor de tales obligaciones fuese inferior, el contribuyente debía pagar la diferencia, hasta completar el 5% del precio del mineral en boca de mina.

El recuento normativo efectuado y el análisis anterior permiten a la Sala concluir que no se observa, a primera vista, que la fórmula de liquidación de las regalías pactada en el contrato n.º 078 de 1988 desconozca o vulnere cualquiera de las disposiciones que estaban vigentes al momento de celebrarse este contrato y que regulaban las contraprestaciones económicas que debían pagar al Estado las personas naturales o jurídicas que exploraran y explotaran yacimientos carboníferos en proyectos de gran minería.

En efecto, en dicha cláusula se pactó una regalía del quince por ciento (15%) sobre el precio FOB del carbón en boca de mina, porcentaje que por sí solo resulta claramente superior al cinco (5%) que constituía la tarifa del impuesto al carbón vigente en aquella época. Si bien la base para la liquidación de las regalías estipulada en el contrato (“Precio FOB en Boca de Mina”) debe depurarse, descontando del precio de referencia (“*Precio FOBT de Referencia*”), el denominado “monto deducible”, no puede soslayarse que en dicha cláusula se acordó que el valor de la regalía a pagar por Dummond no debe ser en ningún caso inferior al 5% del “*Precio FOBT de Referencia*”, con lo cual se estableció un piso o límite mínimo que, al menos conceptualmente, coincide con el “impuesto al carbón”.

Por otro lado, se hace notar que para establecer el precio FOBT de referencia, el precio FOB del carbón se ajusta en un porcentaje que corresponda al poder calorífico del mineral extraído y al costo promedio de los fletes entre el puerto de Drummond en Colombia y los puertos de destino (en el norte de Europa). Igualmente, del precio de referencia así obtenido

se descuentan los “costos operativos” que están involucrados en el componente del “monto deducible” y los cuales corresponden a los costos de operación para llevar el carbón desde la boca de mina hasta el puerto de embarque. Nada de lo anterior resulta exótico en este tipo de negocios, si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 280 del Decreto 2477 de 1986, tal como fue modificado por el artículo 3° del Decreto 3062 de 1986, en la fijación del precio básico en boca de mina del carbón destinado a la exportación, para la liquidación del impuesto, el Ministerio de Minas debía calcular “*el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos*”, descontando **los costos de transporte y portuarios, la calidad del carbón** y las características del yacimiento.

Lo que podría resultar un poco difícil de comprender actualmente es el componente del “*monto deducible*” denominado “*costos no operacionales*” o “*no cash cost*”, especialmente en lo que concierne al rendimiento de la inversión<sup>67</sup>.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que dicho componente lo que busca, aparentemente, es garantizar al contratista una determinada rentabilidad (del 16.5%) sobre la inversión efectuada, independientemente de las variaciones que puedan presentarse en los costos operativos del proyecto, en la producción y en los precios internacionales del carbón.

Más allá de que dicha estipulación se considere conveniente o no para el Estado colombiano y que la tasa de rentabilidad acordada pueda estimarse alta, incluso para la época en la que se firmó el contrato, como lo sostuvo la Contraloría General de la República en los informes de auditoría que elaboró sobre este asunto, la Sala estima que ninguna de estas consideraciones sería suficiente para concluir que dicha estipulación sea violatoria de la ley, del orden público o de las buenas costumbres y que, en consecuencia, se encuentre viciada de nulidad por objeto ilícito.

Por el contrario vale la pena recordar que, dentro de los factores que el Gobierno nacional debía tener en cuenta para fijar el monto de las “*regalías y participaciones adicionales*” que podían fijarse o estipularse en los actos jurídicos mediante los cuales se otorgara a cualquier persona el derecho de explorar y explotar minerales, estaban las “*inversiones*” y los “*rendimientos previsible*s”, tal como lo disponía expresamente el artículo 2° de la Ley 60 de 1967. Lo anterior permite inferir que el monto de las inversiones (real o estimado) y el rendimiento o la rentabilidad sobre las mismas, no eran elementos desconocidos, ni mucho menos prohibidos por la legislación que estaba vigente al momento de celebrarse el contrato n.º 078-88, como factores para determinar las regalías o participaciones en este tipo de contratos, por encima de las contraprestaciones mínimas que establecía la ley.

Ahora bien, una vez expedida la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 360<sup>68</sup> determinó que “*la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte*”, el Congreso de la República expidió la Ley 141 de 1994. El artículo

67 Ya que el otro elemento, es decir, la depreciación sobre los activos constituye claramente un costo, desde el punto de vista contable, como lo establecían los artículos 25 y 47 del Decreto 2160 de 1986, el cual señalaba las reglas de contabilidad generalmente aceptadas y regulaba la contabilidad mercantil en la época en que se celebró el contrato n.º 078-88.

68 Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo n.º 5 de 2011.



13 de dicha ley, derogado más adelante por el artículo 5° de la Ley 619 de 2000<sup>69</sup>, dispuso lo siguiente, en su parte pertinente:

*“Artículo 13. Generalidades de las regalías. Toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado genera regalías a favor de este, sin perjuicio de cualquiera otra contraprestación que se pacte por parte de los titulares de aportes mineros. (...)”* (Negrilla ajena al texto original).

La Ley 141 eliminó el impuesto al carbón, entre otros tributos específicos que gravaban la explotación de ciertos recursos naturales no renovables, y lo sustituyó por una regalía del diez (10%) (para producciones superiores a tres millones de toneladas anuales), pero también estableció que debía respetarse lo pactado en los contratos que a la sazón se encontraban vigentes. Así lo señalaron en su momento los artículos 16, 25 y 26 de la citada ley, en sus partes pertinentes:

*“Artículo 16 (modificado por el artículo 16 de la Ley 756 de 2002<sup>70</sup>). Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla:*

*Carbón (explotación mayor a 3 millones de toneladas anuales) 10%*

*Carbón (explotación menor a 3 millones de toneladas anuales) 5% (...)*

*Parágrafo 6°. El impuesto estipulado en los contratos o licencias vigentes para la explotación de carbón será sustituido por una regalía cuyo monto equivaldrá al de dicho tributo, a cargo del contratista, concesionario o explotador”. (...)*

*Artículo 25 (derogado por el artículo 160 de la Ley 1530 de 2012<sup>71</sup>). Sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en contratos vigentes las regalías se recaudarán en dinero o en especie, según lo determine en providencia de carácter general, el Ministerio de Minas y Energía.*

*Los porcentajes sobre el producto bruto que con cualquier denominación de contenido monetario se hayan pactado por las empresas industriales y comerciales del Estado o las sometidas a este régimen, continuarán percibiéndose en los términos acordados en los contratos correspondientes, con la obligación de estas de pagar las regalías y compensaciones señaladas en esta Ley, con el producido de estos porcentajes.*

*Artículo 26. Impuestos específicos y contraprestaciones económicas. Los impuestos específicos previstos en la legislación minera, para las explotaciones de oro, platino y carbón no continuarán gravando las explotaciones de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, las cuales estarán sujetas únicamente a las regalías establecidas en la presente Ley y a las compensaciones que pacten las empresas industriales y comerciales del Estado o las sometidas a este régimen. (...)”* (Se resalta).

69 “Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”.

70 “Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”.

71 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto n.º 889 de 1996<sup>72</sup>, analizó los efectos jurídicos que la Constitución Política de 1991 y la Ley 141 debían generar en el contrato n.º 078-88, celebrado entre Carbocol y Drummond, particularmente en lo referente al cálculo y pago de las regalías. A este respecto se afirmó:

*“Por todo ello, la Sala estima que las regalías del 15% pactadas en el contrato n.º 078/88 (Eco-carbon - Drummond), **participan de los elementos esenciales de la descripción contenida en el inciso segundo del artículo 25 de la ley 141 de 1994** y deben distribuirse en su integridad entre los beneficiarios a que se refiere el artículo 32 de la misma ley y en los porcentajes allí señalados...*

*En cuanto a compensaciones, en dicho contrato se pactaron las siguientes: canon superficial (que ya cumplió su función), una partida de dos millones de dólares para desarrollo regional, que está siendo pagada en cuotas anuales de doscientos mil dólares, y participación en las ganancias. Respecto de esta última, que es la única que subsiste, lo pertinente es que sea liquidada y pagada de conformidad con las respectivas cláusulas del contrato y distribuida en la forma indicada por el artículo 40 de la ley 141 de 1994.*

*La Sala responde:*

*Teniendo en cuenta el marco jurídico con fundamento en el cual se pactaron las contra-prestaciones económicas del contrato número 078/88, celebrado entre Carbocol (hoy Eco-carbon) y la sociedad Drummond LTD., así como una interpretación sistemática de la ley 141 de 1994, la tesis que se estima válida para efectos de hacer la distribución de las regalías dispuestas en la ley citada, consiste en **considerar que las regalías contractuales coinciden con las regalías de la ley y que las mismas deberán distribuirse en la forma dispuesta por el artículo 32, ibídem, que asigna las derivadas de la explotación del carbón, según que las explotaciones sean menores o mayores de tres millones de toneladas anuales, a los siguientes beneficiarios: 3(...)**” (Negrillas añadidas).*

De esta forma, la Sala consideró, en el citado concepto, que la fórmula de liquidación y pago de las regalías pactada en el contrato n.º 078-88, no solamente se ajustaba a las normas que se encontraban vigentes al momento de su celebración (1988), sino que también resultaba compatible con las disposiciones que en materia de regalías introdujo la Ley 141 de 1994, con fundamento en la Carta Política de 1991, debiéndose efectuar, en todo caso, la distribución de dichos recursos conforme a lo preceptuado por dicha ley y por aquellas que la han modificado.

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, ante la eventualidad de prorrogar el contrato y **con el fin exclusivo de mejorar la posición del Estado** en el citado negocio, la Agencia Nacional de Minería pueda solicitar a Drummond la revisión y renegociación de cualquiera de los elementos o factores que conforman la fórmula para la liquidación de las regalías estipulada en dicho contrato, a la luz de la realidad jurídica, económica y técnica actual, del grado de explotación del respectivo yacimiento carbonífero y de la situación del mercado local e internacional, entre otros factores.

72 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de septiembre de 1996. Radicación n.º 889.

### 3. Interpretación del factor 0,0041666 o 1/240 incluido en la fórmula para la liquidación de las regalías

Tal como se explicó previamente, uno de los componentes que conforman el llamado “monto deducible” estipulado en la cláusula vigesimotercera (23ª) del contrato n.º 078-88, para liquidar las regalías a cargo de Drummond, es el denominado “rendimiento de la inversión”. Con el fin de calcular dicho elemento, debe establecerse primero la amortización acumulada de la inversión, para lo cual deben sumarse los montos de la amortización causada mes a mes, cálculo en el cual debe utilizarse el factor 1/240, equivalente a la cifra de 0,00416666.

El Ministerio de Minas y Energía consulta la opinión de la Sala sobre la interpretación que debe darse a dicho factor, especialmente en cuanto a si el mismo significa que la amortización de la inversión debe terminar a los veinte (20) años (o 240 meses) de haberse iniciado la producción de la mina objeto del citado contrato, lo cual habría ocurrido en el mes de febrero de este año (2015), o si puede entenderse que tal amortización se efectúa de manera permanente mientras el yacimiento carbonífero se encuentre en explotación y el contrato permanezca vigente.

En la audiencia realizada el pasado 25 de octubre, con la presencia de la Viceministra de Minas y otros funcionarios de esa cartera, se aclaró que el propósito principal de la consulta, en este punto, no es el de lograr una interpretación técnica (financiera y/o contable) de la Sala en relación con el significado y la aplicación de dicho factor, sino el de analizar, en su conjunto, la legalidad de la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato n.º 078-88, asunto que ya se estudió.

Lo anterior exime a la Sala de pronunciarse en concreto sobre la interpretación de la citada variable de la fórmula, lo cual, en todo caso, no resultaría factible, por las razones que se explican a continuación:

(i) En primer lugar, porque la Contraloría General de la República, con base en los informes de la auditoría especial realizada sobre la liquidación de las regalías provenientes de este contrato, inició un **proceso de responsabilidad fiscal**, el cual tiene que ver directa y específicamente con la interpretación y la aplicación dada por las partes a dicho factor, tal como fue informado por el Ministerio de Minas y Energía, ante el requerimiento que le formulara la Sala.

En esa medida, la Sala no puede interferir de ninguna manera y en ningún sentido en la función de control fiscal que corresponde constitucional y legalmente a la Contraloría y que esta se encuentra ejerciendo, lo cual podría ocurrir si emitiera un concepto sobre este punto específico, que podría afectar el resultado del citado proceso.

Es entendido que los sujetos que intervienen en el proceso de responsabilidad fiscal (incluyendo, desde luego, a la propia Contraloría General de la República) disponen de las oportunidades y los mecanismos que les otorga la ley para solicitar, aportar y practicar las pruebas que se requieran, entre ellas inspecciones y dictámenes periciales.

(ii) En segundo lugar, porque si existiera o surgiera una discrepancia entre las partes del contrato n.º 078-88, es decir, Drummond y la Agencia Nacional de Minería, sobre la interpretación de dicho factor y la aplicación que se ha dado al mismo durante la explotación de la mina, debería acudir entonces a los mecanismos que prevé el referido contrato para solucionar este tipo de controversias (cláusula trigésima cuarta), en armonía con las disposiciones que hoy en día regulan la competencia de la Jurisdicción Ordinaria y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como los métodos alternativos de resolución de conflictos. En la eventualidad de iniciarse un proceso judicial o un arbitraje, podrían practicarse en el curso del mismo las pruebas que se requieran para demostrar el punto que fue objeto de la consulta, incluyendo peritajes (de carácter contable y/o financiero).

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, aun cuando la pregunta formulada no es, en sentido estricto, de naturaleza jurídica, sino de carácter técnico (matemático, financiero y/o contable), es indudable que la respuesta que se dé a la misma genera importantes consecuencias jurídicas, como que de ella depende determinar el alcance preciso de la obligación de pagar las regalías a cargo de Drummond y, por tanto, establecer si dicha sociedad ha venido cumpliendo en forma cabal con tal obligación. Sin embargo, para poder dar una respuesta certera a dicho cuestionamiento, habría que tener en cuenta, además de la intención perseguida por las partes al momento de celebrar el contrato y en las sucesivas modificaciones que han acordado a esa fórmula (motivación que no aparece clara en ninguno de los antecedentes remitidos), los principios y las reglas de las matemáticas financieras que sean generalmente aceptados por quienes ejercen esa profesión (al tiempo de la celebración del contrato y en la actualidad), todo lo cual excede el propósito y las posibilidades de la función consultiva, pues esta no busca dirimir conflictos entre los particulares y el Estado, y para ello se requeriría, en todo caso, el aporte o la práctica de pruebas, con la respectiva contradicción por parte de los interesados.

Por las razones anteriores, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la interpretación y la aplicación que las partes han dado o debido dar al factor 1/240 o 0,0041666, incluido en la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato n.º 078-88.

Con fundamento en las precedentes consideraciones

### **LA SALA RESPONDE:**

*1. Teniendo en cuenta que en el contrato n.º 078-88, ni en la ley vigente en la fecha de su celebración, (23 de febrero de 1989) (sic), se establecía de manera expresa la prórroga del mismo, ¿es posible en aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes previsto en el artículo 78 del Decreto ley 2655 de 1.988 en consideración a las características del régimen bajo el cual fue suscrito el contrato (aporte), o en virtud de lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley 685 de 2001, prorrogar su término de duración más allá del 23 de diciembre (sic) de 2019 y por un plazo de treinta años?*

Según lo explicado en este concepto, si la prórroga del contrato n.º 078 de 1988 celebrado entre Drummond Limited y Carbocol S. A. se considera conveniente para el interés público y las dos partes (hoy en día Drummond y la Agencia Nacional de Minería) se ponen de acuerdo en los términos y condiciones que deban regir el contrato durante el nuevo plazo, resultaría

jurídicamente viable prorrogar el citado contrato hasta por treinta (30) años más, contados desde el vencimiento del término inicialmente estipulado (23 de febrero de 2019).

Dado que el sistema de “aporte minero” no existe en la actualidad y tampoco se encuentra vigente el aporte n.º 871 otorgado en su momento a Carbocol S. A., en el evento de convenirse la prórroga del contrato n.º 078-88, sería necesario adecuar dicho negocio a las normas que hoy en día regulan el contrato de concesión minera.

*2. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, puede la Autoridad Minera Nacional Concedente, renegociar las condiciones económicas, técnicas, sociales y ambientales inicialmente acordadas [en] el contrato 078-88 para hacerlas más favorables al Estado, incluyendo la posibilidad de cobro de contraprestaciones económicas (fuera de las regalías) adicionales a las inicialmente pactadas?*

Teniendo en cuenta que no es obligatorio para el Estado colombiano prorrogar el citado contrato, ni hacerlo por treinta (30) años o por un plazo inferior, las partes pueden revisar y renegociar los términos y condiciones estipulados en el contrato 078-88, incluyendo las condiciones ambientales, económicas, técnicas, operativas y sociales aplicables a dicho acto jurídico, para hacerlas más favorables al Estado. En esa medida, pueden modificar la fórmula para la liquidación de las regalías y pactar contraprestaciones adicionales a las previstas en la ley y a las contenidas actualmente en el contrato. En todo caso, en dicha renegociación deberán tenerse en cuenta y respetarse las normas de orden público y de carácter imperativo que regulan hoy en día la actividad minera ejecutada por el sistema de concesión, incluyendo las disposiciones ambientales que resulten aplicables.

*3. Puede el Estado colombiano a través de la Agencia Nacional de Minería y con posterioridad al 23 de febrero de 2015, seguir aplicando el componente de la amortización acumulada en el cálculo del rendimiento de inversión, teniendo en cuenta que se ha cumplido el término previsto en la variable 1/240 establecido en la fórmula de liquidación de regalías?”*

Revisada la cláusula vigesimotercera (23ª) del contrato, junto con sus anexos 4 y 6, y las múltiples modificaciones que las partes han efectuado a dichas estipulaciones, la Sala no encuentra razones para concluir, a primera vista, que la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en la citada cláusula desconozca o vulnere normas de carácter imperativo que estuvieran vigentes en la época de celebración del contrato o que se hubieran expedido con posterioridad y que resultaran obligatoriamente aplicables a dicho acuerdo de voluntades.

Por las razones indicadas en este concepto, la Sala se inhibe de señalar el significado, el alcance y la forma de aplicar la variable “1/240” o “0,0041666”, incluida en la referida fórmula. Asimismo se abstiene de señalar si la Agencia Nacional de Minería, con posterioridad al 23 de febrero de 2015, podía o puede seguir aplicando el componente de “amortización acumulada” en el cálculo del “rendimiento de la inversión”.

Remítase al Ministro de Minas y Energía 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 2. Contratación directa. Dirección Nacional de Inteligencia.

### Radicado 2268

Fecha: 07/12/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 5 de enero de 2016

La Dirección Nacional de Inteligencia consulta a la Sala acerca de la posibilidad jurídica de contratar de forma directa y reservada los bienes, obras y servicios que requiere para el cumplimiento de sus funciones.

### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, la Dirección Nacional de Inteligencia presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. Las actividades de inteligencia y contrainteligencia, las cuales están reguladas por la Ley Estatutaria 1621 de 2013, tienen entre sus propósitos recolectar, procesar, analizar y difundir información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir las amenazas internas o externas contra el régimen democrático, constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional. Asimismo, estas actividades se desarrollan para salvaguardar el orden y la paz mundial.

2. En virtud de la Ley estatutaria 1621 de 2013, el control a la gestión y las actividades desarrolladas por los organismos de inteligencia y contrainteligencia se encuentran a cargo de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia (control político), la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Inspector General de la entidad y el Presidente de la República.

3. A las mencionadas autoridades no se les puede oponer el carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia en aquellos casos en que estos sean solicitados para el ejercicio de sus funciones y no se ponga en riesgo la seguridad ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, las fuentes o los métodos.

4. La Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012 señaló el deber que tienen los organismos de inteligencia y contrainteligencia de proteger la identidad de sus funcionarios.

5. El artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 establece el carácter reservado de los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, por un periodo máximo de 30 años.

6. La Dirección Nacional de Inteligencia, Departamento Administrativo creado a través del Decreto 4179 de 2011, adquiere bienes, obras y servicios por medio de la celebración de con-

tratos estatales, los cuales están sujetos a las Leyes 80 de 1993, 1097 de 2006, 1150 de 2007, 1219 de 2008, 1474 de 2011 y 1753 de 2015 y al decreto ley 019 de 2012.

7. La contratación con cargo a gastos reservados está sometida a la Ley 1097 de 2006, la cual en su artículo 1º define dichos gastos en los siguientes términos:

*“Los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes.*

*Igualmente, son gastos reservados los que se realicen para expedir nuevos documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten actividades de inteligencia y contrainteligencia. Se podrán realizar gastos reservados para la protección de servidores públicos vinculados a actividades de inteligencia, contrainteligencia y sus familias.*

*Los gastos reservados podrán realizarse dentro y fuera del país y se ejecutarán a través del presupuesto de funcionamiento o inversión. Se distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados”.*

8. Por su parte, el artículo 1º de la Ley 1219 de 2008 estableció:

*“Se entiende que las contrataciones de bienes y servicios que hagan las entidades y organismos de la comunidad de inteligencia, relacionadas directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia, constituyen adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional por lo que están cobijadas por el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando no se hagan con cargo al presupuesto de gastos reservados, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en la Ley 1097 de 2006, “por la cual se regulan los gastos reservados”, o las normas que la modifiquen o complementen”.*

9. Si un bien o servicio que se pretende adquirir se enmarca dentro de la definición contenida en el artículo 1º de la Ley 1097 de 2006, debe aplicarse el procedimiento señalado a partir del artículo 3º de la Ley 1219 de 2008.

10. Gran parte de la contratación de la Dirección Nacional de Inteligencia recae sobre bienes y servicios necesarios para el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia que requieren reserva para su adquisición, y los cuales no se encuentran amparados bajo el cargo a gastos reservados.

11. El literal j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el cual fue adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015 establece que es posible contratar de forma directa “la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición”.

12. Esta norma debe interpretarse de forma conjunta con el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, a través del cual se señaló:

*“Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad*

*Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas. Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición: (...)*”

13. La Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente y de forma parcial el señalado artículo 78. Así, en auto del 27 de junio de 2014 indicó:

*“En consecuencia, procede el Despacho a precisar el alcance de la suspensión provisional adoptada de manera parcial en relación con el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 (sic), para cuyo propósito se advierte que los bienes, obras o servicios que requieren reserva para su adquisición serán los que en esos términos y de manera expresa cuenten con el respectivo amparo legal, pues de lo contrario no podrá predicarse de los mismos condición reservada alguna”.*

14. La decisión proferida por el Consejo de Estado ha generado dificultades dentro de la entidad en atención a que existen bienes, obras y servicios que no se encuentran bajo el amparo de la contratación con cargo a los gastos reservados, pero que son indispensables para cumplir las funciones de la Dirección Nacional de Inteligencia.

En otras palabras, se trata de bienes y servicios “de medio a fin” esenciales para llevar a cabo las labores directas y colaterales de inteligencia estratégica y contrainteligencia que tiene a su cargo la Dirección. Como ejemplos se pueden mencionar la contratación de: i) equipos o elementos técnicos para la recolección de información de inteligencia y contrainteligencia, ii) software con capacidad para identificar y suministrar información sobre los sitios web utilizados o frecuentados por grupos terroristas, iii) personal internacionalmente calificado para capacitar y entrenar personal de inteligencia, iv) consultorías, interventorías u obras públicas cuyo objeto consista en la construcción de una edificación en donde ha de funcionar el organismo de inteligencia y contrainteligencia, en la que habría que publicar los estudios contentivos de las capacidades técnicas, infraestructura tecnológica a instalar, lugares estratégicos y logística, vi) exámenes médicos y de laboratorios de los servidores públicos del organismo, vii) software y Hayward necesarios para almacenar, custodiar, proteger y procesar información de inteligencia y contrainteligencia, viii) bienes y servicios asociados a la gestión, custodia y mantenimiento de archivos de inteligencia y contrainteligencia, ix) estudios de credibilidad y confiabilidad para el ingreso, permanencia y retiro de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, y x) el mantenimiento de la infraestructura física y tecnológica de los organismos de inteligencia y contrainteligencia.

15. Publicitar la adquisición de este tipo de bienes y servicios permitiría que su contratación sea conocida, por ejemplo, por grupos armados al margen de la ley lo cual les permitiría tomar acciones para neutralizar las actividades de inteligencia o contrainteligencia que motivaron la contratación de dichos bienes y servicios.

16. El carácter reservado de estos bienes y servicios es necesario para preservar el orden público y proteger bienes jurídicos superiores a la publicidad, tales como la vida, la integridad personal de los ciudadanos, la libertad, la paz, la soberanía y la seguridad nacional.

Con fundamento en lo anterior, la Dirección Nacional de Inteligencia formula las siguientes **PREGUNTAS:**



1. *Al amparo de la reserva legal contenida en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, en especial en el artículo 33 ídem, y leyendo esta norma en concordancia con el recientemente expedido artículo 125 de la Ley 1753 de 2015 ¿La Dirección Nacional de Inteligencia se encuentra legalmente facultada para contratar directamente y bajo condiciones reservadas, los bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de “gastos reservados” se constituyen como elementos técnicos y/o se requieren como instrumentos de “medio a fin” para el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia del Estado?*

2. *Si la anterior respuesta es negativa, entonces ¿Cuál es la contratación reservada a que se refieren los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007?*

3. *Teniendo en cuenta que los artículos 18, 22, 34, 35, 39, 40 y 41 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 se ordena la reserva para los asuntos allí relacionados, ¿pueden leerse dichos artículos en concordancia con el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015, para contratar directamente y bajo condiciones reservadas los bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de “gastos reservados”, se requieran para los propósitos señalados en los artículos que se enuncian en el presente numeral?*

4. *Teniendo en cuenta lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el auto de suspensión provisional del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 (Exp. 110010326000201400035 00 (50.222). M. P. Mauricio Fajardo Gómez) ¿los operadores jurídicos pueden o no hacer uso de la contratación directa reservada autorizada por los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007? Si la respuesta es negativa, ¿Se está en presencia de una norma jurídica vigente que no puede ser aplicada?*

5. *Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, los “documentos del proceso” que sirven de soporte a los procesos de contratación que se adelantan para adquirir los bienes y servicios descritos en la presente consulta, no cobijados por el régimen de “gastos reservados” ¿tendrían que publicarse en el Secop?*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

### a. La contratación directa por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia

A través del Decreto 4179 de 2011 se creó la Dirección Nacional de Inteligencia bajo la naturaleza de Departamento Administrativo. Esta entidad tiene como propósito desarrollar actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia para proteger los derechos de los ciudadanos residentes del país, así como también prevenir y contrarrestar amenazas internas y externas en contra del régimen democrático, el orden constitucional y legal y la seguridad y la defensa nacional. Igualmente, la Dirección cumple con los requerimientos que en materia de inteligencia le solicite el Presidente de la República y el Alto gobierno para alcanzar los fines esenciales del Estado<sup>1</sup>.

1 “La Dirección Nacional de Inteligencia tendrá como objeto desarrollar actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y de las personas residentes en Colombia, prevenir y contrarrestar amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el orden constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, así como cumplir con los requerimientos que en materia de inteligencia le hagan el Presidente de la República y el Alto Gobierno para el logro de los fines esenciales del Estado, de conformidad con la ley”. Artículo 2º.

Para la contratación de bienes y servicios, la Dirección Nacional de Inteligencia puede acudir al régimen especial de gastos reservados<sup>2</sup> dispuesto en las Leyes 1097 de 2006<sup>3</sup> y 1219 de 2008<sup>4</sup>, así como también a la regulación general de contratación estatal establecida en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Frente a la aplicación de uno u otro régimen, debe tomarse en consideración el artículo 1º de la Ley 1219 de 2008, el cual dispone:

*“Se entiende que las contrataciones de bienes y servicios que hagan las entidades y organismos de la comunidad de inteligencia, relacionadas directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia, constituyen adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional por lo que están cobijadas por el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando no se hagan con cargo al presupuesto de gastos reservados, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en la Ley 1097 de 2006, “por la cual se regulan los gastos reservados”, o las normas que la modifiquen o complementen”<sup>5</sup>*

Además, debe tenerse en cuenta el literal j) del referido numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el cual fue adicionado por la Ley 1753 de 2015, y que señala como una de las causales que permiten la contratación directa:

*“j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición”<sup>6</sup>.*

De acuerdo con estas normas, es claro que la Dirección Nacional de Inteligencia puede acudir al procedimiento de contratación directa<sup>7</sup>, y de manera reservada, cuando se trate de compras públicas cuyo objeto deba tener carácter confidencial.

La jurisprudencia de esta Corporación, ya se ha pronunciado sobre la importancia que tiene para el Estado acudir, en los casos reglados por la ley, a esta forma de contratación, como también la autoridad encargada de determinar los asuntos sometidos a contratación reservada. Así, ha indicado:

- 2 “Los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes. Igualmente, son gastos reservados los que se realicen para expedir nuevos documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten actividades de inteligencia y contrainteligencia. Se podrán realizar gastos reservados para la protección de servidores públicos vinculados a actividades de inteligencia, contrainteligencia y sus familias. Los gastos reservados podrán realizarse dentro y fuera del país y se ejecutarán a través del presupuesto de funcionamiento o inversión. Se distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados”. Artículo 1º. “Quedan autorizados para ejecutar gastos reservados, todos los organismos del Estado que realicen actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes y en general todos aquellos que realicen actividades descritas como gastos reservados en el artículo 1º de esta ley”. Artículo 2º.
- 3 “Por el cual se regulan los gastos reservados”.
- 4 “Por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados”.
- 5 Artículo 1º. El numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 establece: “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...) 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...) d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS\*, que necesiten reserva para su adquisición”.
- 6 Literal adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015.
- 7 “[L]a contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409);1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105);100-10-326-000-2004-000-34 00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447). Acumulados-.

i) La reserva es una excepción al principio constitucional de publicidad que rige la función pública, principio que fue consagrado además por la propia Ley 1150 de 2007 en su artículo 2º.

ii) En atención a la existencia de intereses superiores del Estado que pueden verse afectados por la revelación de información sensible, es posible que ciertas entidades de la administración puedan adquirir directamente bienes y servicios de manera confidencial<sup>8</sup>.

iii) La determinación de los eventos en los cuales procede la contratación sometida a reserva, se encuentra en cabeza del legislador, y no del Gobierno nacional. Por lo tanto, no puede el Ejecutivo, amparado en el ejercicio de su potestad reglamentaria, señalar los bienes o servicios sujetos a reserva. Así, se indicó:

*“En este contexto legal, emerge con claridad que en cuanto la circunstancia de la contratación sometida a reserva constituye una excepción frente al aludido Principio Constitucional de Publicidad que constituye la regla general y que está llamado a orientar todas las actuaciones de la Administración Pública, el desarrollo de tal excepción y su detallada regulación acerca de los eventos e hipótesis en los que tiene cabida, tal y como lo sostiene el demandante, solo puede estar en cabeza del legislador, sin que sea posible que el Gobierno nacional asuma, a través del reglamento, la definición de tales excepciones.*

*No puede perderse de vista que de conformidad con las más elementales reglas de la lógica formal y de hermenéutica jurídica, se tiene que las excepciones a una regla general deben consagrarse de manera expresa, amén de que la creación de las excepciones únicamente compete a quien tiene la capacidad de adoptar, modificar o revocar la correspondiente regla general o se encuentra expresamente facultado para ello –como suele ocurrir con el legislador respecto de la consagración de excepciones a determinados postulados constitucionales– y, por tanto, las excepciones deben obrar en normas de igual o superior jerarquía a aquella que contiene o consagra la regla general<sup>9</sup>.*

Adicionalmente, en el auto que aclaró la providencia anterior, la Sala dispuso:

*“Siguiendo con el mismo derrotero argumentativo que sirvió de sustento del auto cuya aclaración se solicita, estima menester reiterar que la suspensión parcial del artículo 78 del Decreto 1510 en lo que toca específicamente a la supresión de las causales contempladas en los numerales 1 al 20 de dicho texto reglamentario, obedeció a que la determinación sobre la condición de reserva, es una materia que le compete de manera exclusiva al legislador, sin que sea posi-*

8 “El Legislador del 2007, tal como se advierte de la exposición de motivos que acompañó el proyecto de Ley presentado por el Gobierno Nacional y las discusiones parlamentarias, buscó privilegiar tanto la transparencia en la contratación, como la agilidad y oportunidad para la adquisición de los bienes y servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional, más que la reserva con la que debe ser manejada la información que en ellos está implícita. Sin embargo, considerando que puede existir información sensible que ponga en riesgo intereses superiores del Estado al ser revelada, el Legislador estableció la posibilidad que las entidades que hacen parte del sector administrativo de defensa, el DAS y aquellas que conforman la “comunidad de inteligencia” pudiesen adquirir, directamente, bienes y servicios que necesiten reserva para su contratación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015, Radicación número: 110010326000200900043 00 (36805).

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222). Véase igualmente: “A la anterior conclusión se arriba por la potísima razón que la restricción de acceso a la documentación pública es una atribución otorgada única y exclusivamente al Legislador, de suerte que no podría el Gobierno Nacional, so pretexto del ejercicio de su potestad reglamentaria, invadir las competencias constitucionales asignadas de manera exclusiva al Congreso de la República y señalar, motu proprio, en qué casos la adquisición de algunos bienes o servicios está sometida a reserva”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015, Radicación número: 110010326000200900043 00 (36805).

ble establecer a través de un reglamento o a partir del juicio personal del director, jefe o representante legal de la entidad, cuáles bienes, obras y servicios deben estar revestidos de reserva.

*En consecuencia, procede el Despacho a precisar el alcance de la suspensión provisional adoptada de manera parcial, en relación con el artículo 78 del Decreto 1510 de 2014, para cuyo propósito se advierte que los bienes, obras o servicios que requieran reserva para su adquisición serán los que en esos términos y de manera expresa cuenten con el respectivo amparo legal, pues de lo contrario no podrá predicarse de los mismos condición reservada alguna”.*

Asimismo, el Consejo de Estado se pronunció en términos similares al indicar:

*“Así las cosas, la Sala encuentra que el correcto entendimiento que debe darse de la causal prevista en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, supone la existencia de eventos definidos por el Legislador como reservados, pues solo a través de ese medio constitucionalmente definido se puede garantizar el principio básico de la legitimidad democrática y se asegura la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos ante la restricción de un derecho fundamental. (...)*

*Podría pensarse, sin embargo, que ya la Ley otorgó la autorización para la reserva de la información relativa a asuntos de defensa y seguridad nacional y que, en consecuencia, correspondería a las entidades señaladas por la letra i), del número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 justificar la necesidad de la reserva en cada uno de los eventos previstos en el artículo 79 demandado o, como lo afirma el demandante, sin sujeción al listado indicado, la justificación se realizaría en todos los eventos en que, a juicio de la entidad contratante, resultara necesaria la contratación de bienes o servicios que requirieran reserva.*

*Sobre tal particular interpretación, la Sala debe indicar que la generalidad y vaguedad con que tal limitación de acceso a la información pública estaría estructurada reñiría con los dictados constitucionales a propósito y, evidentemente, con la jurisprudencia constitucional que se ha puesto de presente en esta providencia y en la que se fijan algunas de las condiciones que legislativamente deben garantizarse para respetar el derecho fundamental consagrado en el artículo 74 superior.*

*A título ilustrativo y como reafirmación de lo señalado en precedencia, resulta pertinente referir las consideraciones de la Corte Constitucional al declarar contrario a la Carta Política el parágrafo 2º del artículo 5 del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, “por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional”. El parágrafo en mención establecía:*

*“Parágrafo 2º. Se exceptúan de la aplicación de esta ley y por tanto gozan de reserva legal la información, documentos, bases de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución Nacional, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, el artículo 27 de la Ley 594 de 2000, la Ley 1097 de 2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1219 de 2008, el artículo 2º de la Ley 1266 de 2008, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan”.*(Resalta la Sala)

*La Corte Constitucional advirtió que la norma transcrita no determinaba de manera clara ni concreta el tipo de información objeto de reserva, ni el porqué de su imposición y agregó:*

*“Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 C. P., porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 C. P.).*

*“Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional. Así por ejemplo, con esta fórmula abierta, quedan cobijadas por la reserva tanto el detalle de gastos reservados como la cuantía de los mismos, impidiendo así el control ciudadano sobre la forma como las entidades utilizan los recursos. También podían quedar amparados el contenido de un documento público y su existencia, y todo tipo de información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional.*

*“Por lo anterior, este parágrafo desconoce el principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, según el cual el legislador puede establecer límites al acceso a la información pública que sean excepcionales, ‘razonables y ajustadas a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales’ ”.*

*Así las cosas, en consonancia con el fallo de constitucionalidad, esta Sala debe observar que la expresión genérica del legislador no puede ser colmada en ejercicio de la facultad reglamentaria en tratándose de la restricción de un derecho fundamental, por manera que la determinación precisa y clara de su contenido deberá ocupar, nuevamente, la labor legislativa, por manera que, para el caso de lo establecido en la letra i) del número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de defensa y seguridad nacional debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones particulares que deberán realizar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente. Solo una interpretación en este sentido se ajusta a los dictados constitucionales y legales, y garantiza la transparencia y la publicidad de la actuación del Estado”<sup>10</sup>.*

Revisados los anteriores pronunciamientos de la Corporación es posible concluir que para la aplicación del literal j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieran reserva para su adquisición, es necesaria una ley que defina los eventos en los cuales debe reservarse la información contractual.

---

10 Ibidem.

Para la Sala este requisito se entiende satisfecho al analizar las normas que establecen la reserva de las actividades de la Dirección Nacional de Inteligencia, las cuales para poder seguir conservando esta condición, requieren de bienes y servicios que sean adquiridos de manera confidencial.

Así, la Ley estatutaria 1621 de 2013 reconoce el carácter reservado de ciertos recursos que son necesarios para que aquella entidad pueda cumplir su función. En esta dirección, el artículo 33<sup>11</sup> otorgó esta calidad a los documentos<sup>12</sup>, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia<sup>13</sup>.

Igualmente, la Ley 1621 de 2013 considera de carácter confidencial la identidad de los funcionarios que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia (artículos 30<sup>14</sup>, 35<sup>15</sup> y 40<sup>16</sup>), así como también a las fuentes, medios y métodos utilizados por organismos que

- 
- 11 Es importante destacar que esta disposición fue calificada como exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012 en atención a las siguientes consideraciones: "Examinado el inciso primero de la norma en revisión, el cual señala que por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años, contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada, la Corte encuentra que se ajusta a la Constitución (arts. 2º, 74, 217 y 218 superiores). Según se ha indicado las excepciones a la regla general del derecho de acceso a la información son constitucionalmente válidas si persiguen la protección de intereses como la seguridad y defensa de la Nación. El legislador puede establecer límites al derecho de acceso a la información, que serán legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente relevantes. En esta medida, se debe acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace indispensable mantener la reserva. La reserva ha de ser temporal y el plazo que se instituya debe resultar razonable y proporcional a los bienes jurídicos constitucionales que se buscan proteger. La Corte en la sentencia C-913 de 2010 indicó que "es inherente a estas actividades [inteligencia y contrainteligencia] el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos [...] Se trata de detectar y prevenir posibles hechos ilícitos y/o actuaciones criminales, la información de inteligencia y contrainteligencia es normalmente recaudada y circulada sin el conocimiento, ni menos aún el consentimiento de las personas concernidas". De ahí que en los Estados democráticos constitucionales puedan existir informaciones de carácter reservado, esto es, que no deban ser conocidas por el público, y que corresponde mantenerla a los funcionarios y demás personas sujetas expresamente a ella". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12.
- 12 "Artículo 5º. Documentos de Inteligencia y Contrainteligencia. Son documentos de inteligencia y contrainteligencia todos aquellos originados, procesados y/o producidos en los organismos de inteligencia y contrainteligencia con los niveles de clasificación establecidos en el presente decreto. Estos documentos de conformidad con la ley están protegidos por la reserva legal. Los documentos de inteligencia y contrainteligencia pueden estar contenidos en medios físicos, digitales o similares, de acuerdo con los desarrollos científicos o tecnológicos y deben encontrarse bajo la administración, protección, custodia y seguridad de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, los receptores autorizados o las entidades del Estado que de acuerdo con la ley deban conocer de ellos. Artículo 6º. Protección de los documentos de inteligencia y contrainteligencia. De conformidad con la ley, los documentos de inteligencia y contrainteligencia estarán amparados, en todo momento, por la reserva legal en cualquiera de los niveles de clasificación que se les asigne. La difusión contenida en estos documentos de inteligencia y contrainteligencia observará los parámetros y restricciones consagrados en la Constitución, la Ley 1621 de 2013, el presente decreto, los manuales y protocolos que se establezcan al interior de cada organismo para su adecuada administración, protección, custodia y seguridad de la información".
- 13 "Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada".
- 14 "(...) Esta Comisión tendrá una vigencia de dos (2) años a partir de su conformación. Su objeto será producir un informe en el que se formulen recomendaciones al Gobierno Nacional sobre los criterios de permanencia, los criterios de retiro, y el destino de los datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia que sean retirados. Para ello la Comisión tendrá en cuenta las siguientes consideraciones: a) la seguridad nacional; b) los derechos fundamentales de los ciudadanos al buen nombre, la honra y el debido proceso; c) el deber de garantizar la preservación de la memoria histórica de la Nación; d) la protección de la información de los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, y de las fuentes, medios y métodos; e) la ley de archivos; f) los artículos 4 y 5 de la presente Ley; y g) las prácticas internacionales sobre depuración de datos y archivos de inteligencia. La Comisión podrá solicitar asesoría técnica externa para el cumplimiento de su función, y entregar informes parciales antes del vencimiento de su mandato (...)".
- 15 "En ningún caso los informes de inteligencia y contrainteligencia tendrán valor probatorio dentro de procesos judiciales y disciplinarios, pero su contenido podrá constituir criterio orientador durante la indagación. En todo caso se garantizará la reserva de la información, medios, métodos y fuentes, así como la protección de la identidad de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia".
- 16 "Con el fin de proteger la vida e integridad de los servidores públicos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, y para facilitar la realización de las actividades propias de su cargo, el gobierno a través de la Registraduría Nacional del Estado Civil, les suministrará documentos con nueva identidad que deberán ser utilizados exclusivamente en el ejercicio de sus funciones y actividades. (...) La Registraduría Nacional del Estado Civil con el apoyo de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, reglamentarán la implementación del sistema de custodia de la información relacionada con la identidad funcional de los agentes con el fin de garantizar la seguridad de la información y la protección de la vida e integridad física de los agentes. Los organismos de inteligencia serán responsables de garantizar la reserva de esta información de acuerdo con lo establecido en la presente ley".

desarrollen aquellas actividades (artículos 18<sup>17</sup>, 22<sup>18</sup>, 24<sup>19</sup>, 30, 34<sup>20</sup>, 35 y 39<sup>21</sup>). También la mencionada ley reconoció la reserva en la ejecución de las funciones de inteligencia y contrainteligencia (artículos 22, 24 y 38<sup>22</sup>).

Por lo tanto, a partir de las disposiciones de la Ley 1621 de 2013 es posible identificar una serie de eventos que permiten a la Dirección Nacional de Inteligencia contratar de forma directa y reservada. En este caso se trata de la contratación de bienes y servicios necesarios para adelantar las funciones de inteligencia y contrainteligencia que tiene a su cargo la Dirección, así como también para garantizar la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el cumplimiento de las referidas funciones.

Esta forma de contratar se justifica por las funciones desarrolladas por ese organismo, las cuales se relacionan con la seguridad y la defensa nacional, y exigen para su efectivo ejercicio del secreto y la confianza de quienes participan de esa actividad.

En efecto, las actividades de inteligencia y contrainteligencia que despliega la Dirección Nacional de Inteligencia se enmarcan dentro de la categoría de asuntos calificados como de

---

17 “Para ello, estos Inspectores contarán con toda la colaboración de los diferentes organismos, quienes en ningún caso podrán revelar sus fuentes y métodos”.

18 “Lo anterior sin perjuicio de la reserva necesaria para garantizar la seguridad de las operaciones, las fuentes, los medios y los métodos”.

19 “Parágrafo 1°. Ningún documento público emanado de la Comisión podrá revelar datos que puedan perjudicar la función de inteligencia; poner en riesgo las fuentes, los medios o los métodos; o atentar contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad o la defensa nacional”.

20 “El carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo”.

21 “En cualquier caso los servidores públicos de los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia podrán denunciar las actividades delictivas de las que tengan conocimiento de manera directa o mediante representante del organismo de inteligencia y en condiciones que permitan garantizar su seguridad e integridad, garantizando la protección de fuentes, medios y métodos”.

22 “Parágrafo 3°. Las personas capacitadas para cumplir funciones relacionadas con las actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán cumplir en todo momento los más altos estándares de idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva en el desarrollo de sus funciones. Para tal efecto cada una de las entidades que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia, desarrollarán protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades”.

seguridad y defensa nacional<sup>23</sup>, tal como se desprende de los artículos 1º de la Ley 1219 de 2008<sup>24</sup>, 1º de la Ley 1621 de 2013<sup>25</sup> y 6º del Decreto 4179 de 2011<sup>26</sup>.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, también se ha reconocido que los servicios de inteligencia y contrainteligencia tienen como propósito la protección de los Estados y sus habitantes ante amenazas a la seguridad nacional<sup>27</sup>. Asimismo, en el ámbito internacional en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, se señaló:

*“Los servicios de inteligencia desempeñan un papel importante en la protección de la seguridad nacional y la defensa del estado de derecho. Su principal objetivo consiste en recopilar, analizar y difundir información que ayude a los responsables de las políticas y a otras entidades públicas a tomar disposiciones de protección de la seguridad nacional; en este último concepto está incluida la protección de la población y de sus derechos humanos”<sup>28</sup>.*

- 23 “En cuanto a la defensa nacional, está constituida por el conjunto de acciones que realiza el Estado para defender su territorio y sus legítimas instituciones. Implica una labor esencialmente de protección”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de enero de 1997, Radicación número: 938. Asimismo, la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado frente a los conceptos de seguridad y defensa nacional en los siguientes términos: “(i) La seguridad y la defensa nacionales son presupuestos materiales de la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, y contribuyen a garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, obligaciones y libertades públicas.  
(ii) Se trata de conceptos amplios, relativos y dinámicos, cuya concreción depende de los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada, de manera que son susceptibles de actualización y sufren constantes transformaciones y cambios.  
(iii) La conservación y mantenimiento del orden público es la finalidad misma de la “seguridad” y encuentra en el Gobierno Nacional (C. P., art. 189.4) su principal responsable y garante, razón por la cual puede adoptar medidas y adelantar acciones coercitivas o militares y soluciones no armamentistas sino políticas negociadas (por ejemplo desmovilización y reinserción), para alcanzar la paz, que es un valor (preámbulo constitucional), un fin esencial del Estado (C. P., art. 2º), un derecho (C. P., art. 22) y un deber social (C. P., 95.6).  
(iv) Estos conceptos no están relacionados únicamente con los dispositivos o actividades bélicas o armamentistas, sino que abarcan todas aquellas estrategias y acciones que permitan la garantía de los derechos y libertades y, por ende, la coexistencia pacífica de los habitantes de la Nación, inclusive aquellas que permitan que los infractores de la ley se reincorporen a la vida civil.  
(v) La política de seguridad y defensa nacionales, supone para el Estado no solo la adopción de estrategias y acciones militares directas, sino también soluciones negociadas y, por tanto, estas últimas y todas las acciones y actividades que requieran, también configuran evidentes manifestaciones de la defensa y la seguridad nacionales”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00(2168). Respecto al concepto de seguridad nacional, la doctrina nacional ha indicado: “Se entiende por Seguridad Nacional, la que es immanente para garantizar la existencia, permanencia, la continuidad y la estabilidad de la comunidad política, también entendida como la necesaria para garantizar tanto la seguridad externa como la seguridad institucional interna de una nación y por lo mismo, la soberanía la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, todo lo cual comprende la seguridad del Estado, esto es, la que corresponde garantizar el normal funcionamiento de las instituciones constitucional y legalmente constituidas”. Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Seguridad Nacional Seguridad del Estado y Seguridad Ciudadana, Universidad Sergio Arboleda, 2005, p. 48.
- 24 “Se entiende que las contrataciones de bienes y servicios que hagan las entidades y organismos de la comunidad de inteligencia, relacionadas directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia, constituyen adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional por lo que están cobijadas por el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando no se hagan con cargo al presupuesto de gastos reservados, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en la Ley 1097 de 2006.
- 25 “La función de inteligencia y contrainteligencia es aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta ley”. Ley 1621 de 2013, artículo 1º.
- 26 “1. Desarrollar actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia bajo los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en cumplimiento del marco legal y objetivo misional, con el fin de:  
a) contrarrestar en el ámbito nacional o internacional las capacidades y actividades de personas, organizaciones o gobiernos extranjeros que puedan representar un riesgo o una amenaza para la seguridad nacional;  
b) contrarrestar acciones de grupos armados al margen de la ley y actividades de terrorismo;  
c) contribuir a la desarticulación de organizaciones de crimen organizado cuando representen amenazas contra la seguridad nacional;  
d) contrarrestar actos que atenten gravemente contra la administración pública y proteger a las instituciones de nivel nacional y regional de la influencia de organizaciones criminales;  
e) contribuir a la protección de recursos naturales, tecnológicos y económicos de la Nación, cuando su amenaza comprometa el orden público;  
f) proteger a las instituciones públicas de actos de penetración, infiltración, espionaje, sabotaje u otras actividades de inteligencia desarrolladas por gobiernos extranjeros, organizaciones criminales u organizaciones armadas al margen de la ley: (...)”.
- 27 Así ha señalado: “Según se ha explicado, los servicios de inteligencia y contrainteligencia se encaminan principalmente hacia la protección de la seguridad o la defensa nacional como tarea fundamental de los Estados, que incluye necesariamente la protección de la población en sus derechos fundamentales”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12.
- 28 Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión. Naciones Unidas, Asamblea General, 17 de mayo de 2010, p. 5. Desde el punto de vista de la doctrina internacional véase: Stan Taylor, The role of intelligence in National Security, en Contemporary security studies, (Allan Collins, ed.), Oxford University Press, 2007, p. 267. Igualmente,



De otra parte, debe tenerse en cuenta que la contratación directa y reservada por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia tiene plena justificación por las delicadísimas funciones que cumple<sup>29</sup>, toda vez que sin la existencia de dicha reserva la entidad se vería obligada a contratar públicamente, afectando gravemente el ejercicio de sus funciones y la protección de bienes y derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional al referirse a los gastos reservados indicó:

*“La declaratoria inmediata de inconstitucionalidad de la norma estudiada supondría que la contratación de gastos reservados tendría que sujetarse a lo dispuesto en el régimen general de contratación administrativa, uno de cuyos principios esenciales es la publicidad. Ello supondría, naturalmente, la pérdida de naturaleza de los gastos reservados, pues el proceso de contratación de los mismos resultaría público. Con esta medida entonces se verían gravemente desprotegidos bienes jurídicos que como la vida y la integridad de víctimas y testigos, son garantizados mediante la reserva de los gastos destinados a protegerlos. También podrían quedar al descubierto operaciones de inteligencia destinadas a proteger derechos fundamentales de los habitantes de Colombia gravemente amenazados por organizaciones criminales cuyo desmantelamiento depende de actividades financiadas con gastos reservados”<sup>30</sup>.*

La importancia del secreto justifica que la información relacionada con asuntos de inteligencia y contrainteligencia, los cuales hacen parte de actividades de defensa y seguridad nacional, sea reservada. De allí que además del artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, existan otras normas que refuerzan esta finalidad, tales como el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, que establece:

*“Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional: a) La defensa y seguridad nacional”.*

En esta misma dirección se manifiesta el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, disposición que establece:

*“Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales. (...)”.*

Una interpretación que no permita a la Dirección Nacional de Inteligencia contratar de forma directa y reservada, llevaría a que esta se viera avocada a recurrir a otras formas de selección sometidas por la ley al principio de publicidad, lo cual afectaría gravemente el ade-

la doctrina internacional ha indicado: “The bottom line is intelligence safeguards national security, and today, when international terrorism, drug trafficking, money laundering, and organized crime are the main threats for most countries, intelligence effectiveness is vital”. [En resumidas cuentas, la inteligencia salvaguarda la seguridad nacional, y hoy, cuando el terrorismo internacional, el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el crimen organizado son las principales amenazas para la mayoría de los países, la efectividad de la inteligencia es vital] (traducción libre). Thomas Bruneau y Florina Cristiana Matei, Intelligence in the developing democracies: the quest for transparency and effectiveness, en The Oxford Handbook of National Security Intelligence, 2010, p. 768.

29 “En definitiva, en materia de seguridad, la consecución de objetivos de defensa y seguridad no autoriza solo la compra de armamento como prima facie parecería, sino que autoriza la adopción de medidas proporcionadas y razonables al logro de ese objetivo, medidas que serán evaluadas caso por caso para determinar si realmente guardan relación y conexión”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2008, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00003-00(29393).

30 Corte Constitucional. Sentencia del 27 de junio de 2007, C-491/07.

cuando cumplimiento de las delicadas funciones que tiene a su cargo, pues dicha publicidad iría en clara contravía del carácter reservado que exigen las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Como bien lo señala la jurisprudencia<sup>31</sup> y la doctrina internacional, el secreto o reserva es un elemento esencial o fundamental para el cumplimiento de las funciones de inteligencia<sup>32</sup>. Para James J. Wirtz:

*[“Las agencias de inteligencia también se esfuerzan por proteger sus “fuentes y métodos” porque el compromiso de las formas como ellos recolectan y analizan la información puede dar a sus oponentes una profunda percepción de sus capacidades e intereses. Las agencias de inteligencia alrededor del mundo rodean sus “fuentes y métodos” con un manto de secreto porque ellos son cruciales para el éxito de operaciones y análisis en curso y futuros” (traducción libre)<sup>33</sup>.*

Otra justificación que legitima la contratación directa y reservada por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia, descansa en el hecho de que le permite, sin que desaparezca la obligación que tiene de contratar de manera transparente, adquirir bienes y servicios con contratistas de su entera confianza, elemento esencial para cumplir las delicadísimas funciones que tiene a su cargo<sup>34</sup>.

31 “[E]s inherente a estas actividades el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-913/10. Igualmente, en otra oportunidad señaló: “Identificó como elementos comunes acerca de las labores de inteligencia y contrainteligencia, las siguientes: i) se trata de actividades de acopio, recopilación, clasificación y circulación de información relevante para el logro de objetivos relacionados con la seguridad del Estado y de sus ciudadanos; ii) el propósito de esas actividades y el de la información es prevenir, controlar y neutralizar situaciones que pongan en peligro tales intereses legítimos, así como hacer posible la toma de decisiones estratégicas que permitan la defensa y/o avance de los mismos; y iii) toma importancia el elemento de la reserva de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12.

32 “However, secrecy remains a key component of the United States’ IC’s effectiveness. Compromised sensitive technical and human intelligence “sources and methods” will often lead to either the loss of that specific source of intelligence, or worse, the opportunity for our targeted adversary to pass phony or misleading information through the compromised sources as part of an elaborate deception operation. Two experts on intelligence, Abram N. Shulsky and Gary J. Schmitt, point out that secrecy is essential in all aspects of intelligence since the target is a human adversary who is fighting back. They point out that, “One side’s intelligence failure is likely to be another side’s counterintelligence success”. [Sin embargo, el secreto permanece como un componente clave de la efectividad de la Comunidad de Inteligencia de los Estados Unidos. El compromiso de “fuentes y métodos” técnicos y humanos sensibles de inteligencia generalmente llevará a la pérdida de la fuente específica de inteligencia o peor, a la oportunidad del adversario objetivo de pasar información fraudulenta o engañosa a través de fuentes comprometidas como parte de una operación elaborada de engaño. Dos expertos de inteligencia, Abram N. Shulsky y Gary J. Schmitt, señalan que el secreto es esencial en todos los aspectos de la inteligencia porque el objetivo es un adversario humano que contrataca. Ellos señalan que, “el fallo de inteligencia de un lado es probablemente el éxito de contrainteligencia del otro lado.” (traducción libre de la Sala). Timothy J. Doorey, Intelligence Secrecy and Transparency: Finding the Proper Balance from the War of Independence to the War on Terror. Strategic Insights, Volume VI, Issue 3 (May 2007). “Secrecy is essential because intelligence is part of the ongoing struggle between nations. The goal of intelligence is truth, but the quest for that truth involves a struggle with a human enemy who is fighting back. Shulsky thus emphasizes the need for secrecy in intelligence activities and organizations. (...)

Indeed, secrecy is the key to the definition of intelligence, as Random hinted. Without secrets, it is not intelligence”. [El secreto es esencial porque la inteligencia es parte de la lucha continua entre las naciones. La meta de la inteligencia es la verdad, pero la cruzada por esa verdad envuelve una lucha con un enemigo humano que contrataca. Shulsky por lo tanto enfatiza la necesidad de secreto en las actividades y organizaciones de inteligencia (...). De hecho, el secreto es la llave en la definición de inteligencia, como Random lo señaló. Sin secretos, no es inteligencia] (traducción libre de la Sala). Michael Warner, Wanted: a definition of “intelligence”. Studies in Intelligence, Vol. 46, No. 3, pp. 19-20. Otro autor indicó: “By definition, intelligence operations involve a considerable degree of secrecy”. [Por definición las operaciones de inteligencia envuelven un considerable grado de secreto] John Gentry, Assessing Intelligence performance, en The Oxford Handbook of National Security Intelligence, 2010, p. 88.

33 Traducción libre. Texto original: “Intelligence agencies also strive to protect their “sources and methods” because a compromise of the ways they collect and analyze information can give opponents a keen appreciation of their overall capabilities and interests. Intelligence agencies worldwide surround “sources and methods” with a cloak of secrecy because they are crucial to the success of ongoing and future operations and analysis”. James J. Wirtz, The sources and methods of Intelligence studies, en The Oxford Handbook of National Security Intelligence, 2010, p. 59.

34 La importancia de la confianza en el cumplimiento de las funciones de inteligencia y contrainteligencia fue reconocida por la propia Ley 1621 de 2013 en su artículo 38 al señalar: “Parágrafo 3°. Las personas capacitadas para cumplir funciones relacionadas con las actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán cumplir en todo momento los más altos estándares de idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva en el desarrollo de sus funciones. Para tal efecto cada una de las entidades que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia, desarrollarán protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades.

Parágrafo 4°. La no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia de acuerdo con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional. En los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa, el retiro del servicio de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia se producirá cuando el nominador, previo concepto de un comité asesor o quien haga sus veces, en ejercicio de la facultad discrecional considere que no se cumple con los estándares de idoneidad y confianza”. Igualmente, el artículo 4° del Decreto 4179 de 2011 establece: “Régimen Laboral. La Dirección Nacional de Inteligencia contará con un régimen especial en materia salarial, que será fijada por el Gobierno Nacional en ejercicio de las

En suma, teniendo en cuenta que:

i) El literal j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 autoriza expresamente la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieren reserva para su adquisición.

ii) La Ley 1621 de 2013 somete a reserva: a) los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, b) la identidad de los funcionarios que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, c) las fuentes, medios y métodos utilizados por los organismos de esta índole, y d) la ejecución de las funciones de inteligencia y contrainteligencia.

iii) El efectivo y adecuado desarrollo de las funciones de inteligencia y contrainteligencia que adelanta la Dirección exige de una estricta reserva.

iv) Las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015 califican de reservados a los documentos o informaciones relacionados con la defensa y la seguridad nacional, y las actividades de inteligencia y contrainteligencia constituyen asuntos de esta índole.

v) Es forzoso concluir, que la Dirección Nacional de Inteligencia, tiene la competencia para contratar de forma directa y reservada los bienes y servicios que requiera para el cumplimiento de sus funciones y la ejecución de operaciones de inteligencia y contrainteligencia. Igualmente, podrá contratar bajo esta modalidad, cuando ello sea necesario para garantizar la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el cumplimiento de las referidas funciones.

De otra parte debe señalarse, que cuando la Dirección Nacional de Inteligencia acuda a la forma de seleccionar contratistas de manera directa y confidencial, debe tener en cuenta además los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional en relación con la información reservada. Lo anterior, como quiera que el principio de publicidad y el derecho al acceso a la información pública encuentran en este caso una importante excepción. Así, de acuerdo con el análisis que hizo la Corte Constitucional al artículo 19 de la Ley 1712 de 2014:

*“[P]ara que un sujeto obligado pueda negar el acceso a información pública reservada relativa a las materias señaladas en el artículo: (i) solo puede hacerlo si ese acceso está expresamente prohibido por la Constitución o por una norma de carácter legal; y (ii) debe manifestarlo por escrito y de manera motivada. (...)*

*A la luz de los parámetros constitucionales señalados en la sección 3.2 para que sea posible restringir el acceso a información pública para proteger intereses públicos, no solo es necesario que el acceso a tal información tenga la posibilidad real, probable y específica de dañar esos intereses, sino que el daño a los mismos sea “significativo”. Estos criterios deberán examinarse en cada caso concreto, frente a los intereses autorizados en el artículo 19. (...)*

---

facultades constitucionales y legales. Los servidores públicos que lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia o tengan acceso a información de carácter reservado se clasifican como de libre nombramiento y remoción, por la especial confianza que conlleva el desarrollo de la función”.

*En cuanto el listado de intereses públicos protegidos señalados en los literales del artículo 19, a la luz de lo dicho previamente, a pesar de la aparente generalidad de los términos empleados por el legislador estatutario para su consagración, la posibilidad de que tales intereses en concreto den lugar a una prohibición de publicidad o al establecimiento de una reserva depende en todo caso de que dicha restricción obedezca a un interés legítimo e imperioso y no exista otro medio menos restrictivo para garantizar dicho interés.*

*No sobra resaltar que la aplicación de la reserva en estas materias, debe estar expresamente consagrada en la ley o en la Constitución, en términos precisos; (i) y motivarse en cada caso concreto (ii) que existe un riesgo real, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse sea significativo, si se autoriza el acceso a esa información. En otras palabras, el acceso se limita a la información calificada como reservada, no a las razones de la reserva, que son públicas y objeto de control y de debate.*

*Por lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 19, en el entendido de que la norma legal que establezca la prohibición del acceso a la información debe (i) obedecer a un fin constitucionalmente legítimo e imperioso; y ii) no existir otro medio menos restrictivo para lograr dicho fin. Restringir el acceso a una información no es una función discrecional, sino restringida, necesaria y controlable”.*

De esta suerte, para determinar si en un caso existe reserva habría que acudir al test de daño<sup>35</sup>, el cual ha sido definido por la doctrina en los siguientes términos:

*“Para efectos de determinar la aplicabilidad de las causales de reserva, uno de los mecanismos que se utiliza mayoritariamente en la doctrina comparada es el denominado “test de daño”. Este test establece la obligación de la autoridad de demostrar que la divulgación de un determinado documento o información produce o puede producir un daño específico a un valor o un derecho jurídicamente protegido. Por ejemplo, frente a una solicitud de entrega de un documento relativo a seguridad nacional, no es suficiente que el documento en cuestión trate materias de seguridad nacional para que en forma automática se le otorgue el carácter de reservado. En este caso, corresponde que la autoridad lleve a cabo una ponderación de los valores en conflicto, esto es, el derecho de acceso a la información pública frente a la seguridad nacional, de manera de poder determinar si con motivo del ejercicio del primero de ellos se*

35 Junto al test de daño, la doctrina también se ha referido a un segundo test, denominado de interés público, el cual se ha definido en términos muy similares al del daño: “El test de interés público consiste en un proceso de ponderación entre el beneficio que reporta el dar a conocer la información solicitada versus el daño que su divulgación generaría en los derechos de las personas. (Si el perjuicio se predica de bienes públicos, como la seguridad o el interés nacional, la operación pasa a llamarse test de daño). Se denomina test de interés público porque se asume que solo un interés público predominante justifica traspasar aquella barrera que impide revelar información que se encuentra protegida por los derechos fundamentales”. Ignacio Covarrubias Cuevas, Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVIII, 2012, p. 504. Como se puede observar, los test de interés público y de daño involucran un objetivo similar: “De esta forma, se ha optado por circunscribir los efectos de sus decisiones al caso concreto utilizando los denominados test de daño y de interés público, los que, en general, consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información y el de divulgarla para, así, determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”. Consejo para la Transparencia de Chile, 26/06/2015, C-545-15. Con todo, la diferencia entre uno y otro test radica en que aplican respecto a interés de distinta naturaleza: “El test de interés público ha sido definido por la doctrina como la ponderación entre el “interés de protección de la privacidad” entendido como “el control que un individuo tiene o debe tener sobre la información concerniente a su persona”, por un lado, y el interés de publicidad y de transparencia protegido por las leyes de acceso a la información pública...En el Derecho comparado, el test de daño ha sido adoptado a efectos de verificar la “afectación” de bienes colectivos de carácter constitucional que, en cuanto objetos de protección, han sido recogidos en las causales de secreto o reserva, mientras el test de interés público protege los derechos de terceros”. Pablo Contreras Vásquez, Andrés Pavón Mediano, La Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre Acceso a la Información Pública y Seguridad de la Nación, Revista Ius et Praxis, año 18, n.º 2, 2012, p. 365. “Un documento del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México señala que “(...) la prueba de daño tiende a aplicarse a aquellas causales donde el interés es de carácter predominantemente público (por ejemplo, en materia de seguridad nacional o relaciones internacionales), mientras que la prueba de interés público tiende aplicarse cuando el interés protegido por la excepción es de carácter particular o privado (por ejemplo, en los casos de información comercial sensitiva, secreto industrial o información personal)”. Enrique Rajejic Mosler, La jurisprudencia inicial del consejo para la transparencia, Revista de Derecho, No. 22., 2009, p. 45.

*dañará el segundo y que, como consecuencia de esa ponderación, corresponda aplicar una reserva temporal o no del documento solicitado*<sup>36</sup>.

Igualmente, de manera más general se ha indicado:

*“El test de daño o principio de proporcionalidad consiste en el balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”*<sup>37</sup>

Lo anterior, se ve reflejado en el texto del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, el cual señala:

*“Le corresponde al sujeto obligado aportar las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información”*.

Por su parte, en lo que respecta al artículo 25 de la Ley 1755 de 2015, su texto parecería corresponder a lo que la doctrina internacional llama un test de clase (class test), en virtud del cual cualquier acceso a información que recaiga dentro de cierta categoría, como lo es la seguridad nacional, puede ser rechazado<sup>38</sup>. Con todo, la interpretación realizada por la Corte Constitucional a esta norma, la sujeta también al test de daño. Así, dispuso la Corte:

36 Cristóbal Tello E, Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia. Anuario de Derechos Humanos, 2009, p. 198. Véase igualmente: “El último presupuesto en la determinación de la procedencia de una causal de reserva o secreto corresponde al denominado test de daño. La determinación de la afectación de la seguridad de la Nación se efectúa mediante la aplicación de un test de daño. Dicho test es el estándar que se ha construido por la dogmática comparada y ha sido asumido explícitamente por la temprana jurisprudencia del CplT.

El Consejo ha definido el test de daño como el “balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”. De acuerdo a la jurisprudencia del CplT, el test de daño se deriva del reconocimiento del estatus iusfundamental del DAIP y que su limitación a través de la reserva o secreto “debe respetar el principio de proporcionalidad que supone analizar, conforme señala la doctrina: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último, c) si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. Vásquez y Mediano, ob. cit., p. 362.

37 Jessica Matus Arenas, Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 2, No. 1, 2013, p. 208.

38 “Class tests and harm tests are two common ways to exempt information. Under class tests, any information that falls within a certain category (such as national security) can be denied. Under harm tests, the government can deny a request for information on the basis that disclosure would cause potential prejudice, for example, to an individual or harm to the defence of the state (the two most commonly used harm tests). The class tests applied by the greatest number of OECD countries concern exemptions related to national security, international relations and personal data. [Los test de clase y daño son dos formas comunes de excluir información. Bajo el test de clase, cualquier información que caiga dentro de cierta categoría (como la seguridad nacional) puede ser negada. Bajo el test de daño, el gobierno puede negar una solicitud de información bajo el argumento de que la revelación causaría un perjuicio potencial, por ejemplo, a un individuo o daño a la defensa del Estado (los dos test de daño más usados). El test de clase aplicado por el mayor número de países de la OCDE se refiere a excepciones relacionadas con la seguridad nacional, las relaciones internacionales y los datos personales.] (traducción libre de la Sala). OECD, Government at a Glance 2011, OECD, 2011, p. 138. Secondly, there are class-based exemptions, where all information falling into a particular class is exempt. One of these exemptions is information from, or relating to, certain security bodies (section 23) (...) Thirdly, there are prejudice-based exemptions. Under a prejudice-based exemption, information is only exempt where disclosure is likely to have the specified prejudicial effect (the prejudicial effect must be ‘actual, real or of substance’, not just speculative). National security is one of the prejudice-based exemptions”. John Wadham y Kavita Modi, National security and open government in the United Kingdom, en National Security and Open Government: Striking the right balance, Campbell Public Affairs Institute, The Maxwell School of Syracuse University, 2003, p. 84. [Segundo, hay excepciones de clase, donde toda la información que se encuentre dentro de una clase en particular se encuentra excluida. Una de estas excepciones es información de, o relacionada a ciertos cuerpos de seguridad (sección 23) (...). Tercero, Hay excepciones basadas en el perjuicio. Bajo una excepción basada en el perjuicio, la información solamente se encuentra excluida donde su revelación puede tener probablemente un efecto perjudicial (el efecto perjudicial debe ser presente, real o sustancial, no solo especulativo). La seguridad nacional es una de las excepciones basadas en el perjuicio] (traducción libre).

*“Con base en la línea jurisprudencial anteriormente referenciada, a juicio de la Sala Plena la restricción de información relacionada con la defensa y seguridad nacional constituye un objetivo constitucionalmente legítimo (art. 216 C. P.), que justifica la reserva de la información, razón por la cual el numeral 1 del artículo 24 del proyecto de ley estatutaria en estudio será declarado exequible, teniendo en cuenta que en su aplicación las autoridades competentes deben observar los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad y que en ningún caso podrá ser utilizada la reserva para obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y en todo caso conforme a lo decidido en la citada Sentencia C-274 de 2013: “...el sujeto obligado que niegue el acceso a un documento o información pública, alegando su carácter reservado deberá (i) hacerlo por escrito y demostrar que (ii) existe un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse es significativo.”<sup>39</sup>*

Del análisis anterior, la Sala considera que la Dirección Nacional de Inteligencia tiene la competencia para contratar de forma directa y reservada los bienes y servicios que requiera, cuando pueda justificar que dicha modalidad de contratación es necesaria para evitar un riesgo presente, probable y específico que conlleve a un daño o afecte el cumplimiento de sus funciones, la ejecución de operaciones de inteligencia y contrainteligencia, así como la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el ejercicio de las funciones de la entidad.

De otra parte, es importante también señalar que el hecho de que se reconozca a la Dirección Nacional de Inteligencia la potestad de contratar directa y reservadamente, no significa que pueda hacerlo sin respetar el ordenamiento jurídico colombiano. No puede perderse de vista que a pesar de sus delicadísimas e importantes funciones, la Dirección se encuentra sometida al imperio de la Ley, tal como se desprende del artículo 3º del Decreto 4179 de 2011 que dispuso:

*“Todas las actividades de la Dirección Nacional de Inteligencia deberán desarrollarse de conformidad con la Constitución y la ley, y en particular con el marco legal que regule las actividades de inteligencia”<sup>40</sup>.*

Asimismo, y en desarrollo de lo anterior, cuando la Dirección Nacional de Inteligencia contrate de forma directa y reservada, debe en todo caso tomar en consideración los principios que guían la contratación estatal<sup>41</sup>, aunque con las particularidades que resultan aplicables. Así por ejemplo, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado:

39 Corte Constitucional. Sentencia del 4 de diciembre de 2014, C-951/14.

40 Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha indicado: “No obstante, las atribuciones de los organismos de inteligencia y contrainteligencia deben desarrollarse en el marco de la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Esto es, hacerse compatibles con el respeto de las libertades ciudadanas, puesto que no pueden servir de pretexto para desconocer el Estado constitucional de derecho como fundamento de toda democracia”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, C-540/12. Igualmente, en el ya referido Informe de Martín Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo se señaló: “Práctica 5. Los servicios de inteligencia tienen prohibido explícitamente emprender cualquier actividad contraria a la Constitución o a la normativa jurídica internacional. El estado de derecho exige que las actividades de los servicios de inteligencia, y cualquier instrucción que les imparta el poder ejecutivo, cumplan esos conjuntos normativos. En consecuencia, los servicios de inteligencia tienen prohibido emprender cualquier acción que vulnere las leyes nacionales, la Constitución o las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, y también está prohibido darles instrucciones en este sentido”.

41 En particular, no pueden desconocerse principios como los de transparencia y selección objetiva. En esta dirección se ha señalado: “Fluye de todo lo anterior, como síntesis, que en la contratación directa, aunque recaiga sobre bienes que se requieren para la seguridad y defensa nacional, no se

*“Porque si bien es cierto que en todos los procesos de selección de contratistas rigen los principios de la contratación estatal –incluso los de la función administrativa (art. 209 C. P.)–, eso no significa que lo hagan de manera idéntica siempre, como parece entenderlo el actor. Es decir, que la publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos. (...)*

*No obstante, se insiste, esto no significa que la contratación directa no deba garantizar aspectos, facetas y espacios posibles de la publicidad, de la moralidad o de la objetividad en la escogencia. De ninguna manera. Simplemente, se exige la que admite y cabe en el proceso simplificado que la ley y el reglamento establecieron. Esto es, se requiere, por ejemplo, que el contratista elegido no lo sea por razones políticas, o de amistad, o de recomendación basada en criterios caprichosos, sino en motivos como la buena calidad del trabajo, la experiencia profesional reconocida, la imagen pública de su actividad profesional, entre otros factores objetivos y criterios de valoración profesional que alejan la arbitrariedad, la subjetividad y el capricho de la selección del contratista, cuando se escoge en forma directa”<sup>42</sup>.*

Por lo tanto, aunque se trate de un procedimiento de contratación directa, no desaparece la obligación para la Dirección Nacional de Inteligencia de someterse a los principios que resulten aplicables, de tal suerte que contrate con el mejor, y no de manera caprichosa, arbitraria o injustificada.

Igualmente, debe resaltarse que la actividad de la Dirección Nacional de Inteligencia por expreso mandato legal se encuentra sometida a distintas herramientas de control<sup>43</sup>, lo cual permite promover su efectividad y garantizar que su actuación se ajuste al ordenamiento constitucional y legal<sup>44</sup>.

En este orden, el artículo 20 de la Ley 1621 de 2013, incorporado en el capítulo IV, denominado “Control y Supervisión”, le otorga facultades de control a la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Así señala esta disposición:

puede conculcar el principio de transparencia ni el deber de selección objetiva”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011, Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00752-01(18118).

42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2011, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044).

43 En materia de inteligencia se presenta una tensión entre el secreto y la transparencia: “Having an intelligence system that is equally transparent and effective is quandary in any democracy, because of two conflicting demands: secrecy (required by effectiveness) and transparency (required by democratic control, openness, and accountability). [Tener un Sistema de inteligencia que sea equitativamente transparente y efectivo es un dilema en cualquier democracia, debido a dos demandas en conflicto: el secreto (requerido por efectividad) y la transparencia (requerido por el control democrático, apertura y rendición de cuentas) (traducción libre). Bruneau y Matei, ob. cit., pp. 770-771.

44 “Control is needed to ensure intelligence agencies work within specific limits and respect the legal framework imposed upon them. With the increased emphasis on augmenting agencies’ abilities to better fight the current security challenges, there is even more need for robust democratic control mechanisms in place to make sure the ICs do not use national security and terrorism prevention as excuses to become intrusive in citizens’ private lives. And, finally, democratic control is needed to boost the effectiveness of the intelligence forces”. [El control es necesario para asegurar que las agencias de inteligencia trabajen dentro de límites específicos y respeten el marco legal impuesto a ellas. Con el creciente énfasis en aumentar las capacidades de las agencias para enfrentar mejor los retos de seguridad actuales, hay una mayor necesidad de robustecer los mecanismos de control democráticos existentes para asegurar que las CI no usen la seguridad nacional y la prevención del terrorismo como excusa para invadir la vida privada de los ciudadanos. Y, finalmente, el control democrático es necesario para estimular efectividad de las fuerzas de inteligencia] (traducción libre). Ibidem, p. 765.

*“Adiciónese un artículo 61E a Ley 5ª de 1992 el cual quedará así: “Artículo 61E. Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia. Esta comisión, sin perjuicio de las demás facultades otorgadas al Congreso de la República por la Constitución y la ley, cumplirá funciones de control y seguimiento político, verificando la eficiencia en el uso de los recursos, el respeto de las garantías constitucionales y el cumplimiento de los principios, límites y fines establecidos en la Ley estatutaria que regula las actividades de inteligencia y contrainteligencia”.*

Por su parte, el Decreto 4179 de 2011 en su artículo 8º estableció la figura del Inspector General de la Dirección Nacional de Inteligencia, el cual tiene entre sus funciones la de:

*“[A]segurar que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se desarrollen con eficiencia y eficacia, y en el marco de lo dispuesto en la Constitución y la ley”.*

El Inspector debe rendir un informe de carácter reservado al Presidente de la República con copia al Director General y a los órganos de control externo que se establezcan, en relación con la aplicación de la ley y la Constitución en el desarrollo de las actividades adelantadas por la Dirección Nacional de Inteligencia<sup>45</sup>.

De otra parte, teniendo en cuenta que la Dirección Nacional de Inteligencia es una entidad que administra recursos públicos, se encuentra también sometida al control de la Contraloría General de la República<sup>46</sup> y a la competencia de la autoridad competente en materia disciplinaria<sup>47</sup>. Con todo, es importante resaltar que el ejercicio de estas actividades de control debe adelantarse respetando y garantizando estrictamente la reserva de acuerdo con los parámetros señalados en la ley. Así por ejemplo, el artículo 38 de la Ley 1621 de 2013 señaló expresamente la obligación de reserva de la información conocida en el desarrollo de actividades de control. En este sentido, dispuso la norma:

*“Los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, y los receptores de productos de inteligencia, se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento. Quienes indebidamente divulguen, entreguen, filtren, comercialicen, empleen o permitan que alguien emplee la información o documentos*

45 “Funciones del Inspector General. Son funciones del Inspector General:

1. Asegurar que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se ajusten a la Constitución, la ley y el marco legal que regule las actividades de inteligencia, y se enmarquen en el respeto de los derechos humanos.
2. Supervisar que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se desarrollen de manera eficiente y eficaz.
3. Supervisar que el uso de gastos reservados se ajuste a los objetivos misionales de la entidad.
4. Informar al Director General sobre cualquier irregularidad y hacer las recomendaciones a las que haya lugar, así como proponer planes de mejoramiento y de gestión de riesgo, y hacer seguimiento a su cumplimiento.
5. Rendir un informe anual de carácter reservado al Presidente de la República con copia al Director General y a los órganos de control externo que establezca la ley, sobre la aplicación de la ley, la Constitución y la protección y garantía de los derechos humanos en las actividades llevadas a cabo por la Dirección Nacional de Inteligencia”. Decreto 4179 de 2011, artículo 15.

46 “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”. Constitución Política, artículo 267.

47 En materia disciplinaria, el parágrafo 3º del artículo 18 la Ley 1621 de 2013 establece: “En cualquier caso el informe rendido por cada entidad no exime al Director de cada organismo de su responsabilidad de velar por el cumplimiento de la presente ley y demás obligaciones constitucionales y legales. Cualquier incumplimiento a los principios, fines y límites contemplados en la presente ley deberá ser reportado de inmediato al Presidente de la República, y a las autoridades disciplinarias y judiciales a las que haya lugar”. Asimismo, el parágrafo 2º del artículo 22 indica: “En cualquier caso la Comisión pondrá en conocimiento de las autoridades competentes los hechos delictivos o las faltas disciplinarias de las que tenga conocimiento”.



*reservados, incurrirán en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar”.*

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 1621 de 2013 estableció que los miembros de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia tienen la obligación de guardar reserva sobre la información y documentos a los que tengan acceso. Igualmente, determinó que ningún documento que tenga origen en la Comisión puede revelar datos que puedan perjudicar la función de inteligencia, colocar en riesgo las fuentes, los medios o los métodos o atentar contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad o la defensa nacional<sup>48</sup>. Asimismo, el artículo 27 de la misma ley ordenó expresamente que los debates en materia de inteligencia y contrainteligencia se adelanten en sesión reservada<sup>49</sup>.

En el caso del Inspector General, el artículo 18 de la Ley 1621 de 2013 dispuso:

*“Para ello, estos Inspectores contarán con toda la colaboración de los diferentes organismos, quienes en ningún caso podrán revelar sus fuentes y métodos”.*

Finalmente, el artículo 34 estableció:

*“El carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo”.*

Como puede observarse, a pesar de que la Dirección Nacional de Inteligencia puede contratar de forma directa y reservada, debe hacerlo dentro de los límites señalados, pues el hecho de que goce de dicha prerrogativa no significa que pueda hacerlo de forma arbitraria, caprichosa o irrazonable.

## **b. Sobre la publicidad de los documentos de contratación**

48 “Los miembros de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia están obligados a guardar reserva sobre las informaciones y documentos a los que tengan acceso durante y después de su membresía, hasta el término que establece la presente ley.

Parágrafo 1°. Ningún documento público emanado de la Comisión podrá revelar datos que puedan perjudicar la función de inteligencia; poner en riesgo las fuentes, los medios o los métodos; o atentar contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad o la defensa nacional.

Parágrafo 2°. Los miembros de la Comisión así como el personal permanente o eventual asignado a la misma que hicieran uso indebido de la información a la que tuvieran acceso en ocasión o ejercicio de sus funciones, en los términos de la ley, serán considerados incurso en causal de mala conducta sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar y quedarán inhabilitados para ser miembros de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia”. Ley 1621 de 2013, artículo 24. Igualmente, el parágrafo primero del artículo 22 dispuso: “Con el fin de verificar el cumplimiento de los mecanismos de control establecidos en la presente Ley en casos específicos que sean de su interés, la Comisión podrá: (a) realizar reuniones con la JIC; (b) solicitar informes adicionales a los Inspectores (incluyendo a los inspectores ad hoc designados por los organismos de inteligencia), las Oficinas de Control Interno, o quienes hagan sus veces; (c) citar a los Jefes y Directores de los organismos de inteligencia; (d) conocer los objetivos nacionales de inteligencia trazados en el Plan Nacional de Inteligencia; y (e) conocer los informes presentados anualmente por los inspectores de conformidad con el artículo 18 de la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de la reserva necesaria para garantizar la seguridad de las operaciones, las fuentes, los medios y los métodos”.

49 “Adiciónese el artículo 94 de la ley 5ª de 1992 así: Artículo 94. Debates. El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación, es lo que constituye el debate. El debate empieza al abrirlo el Presidente y termina con la votación general. Los debates en materia de inteligencia y contrainteligencia se adelantarán en sesión reservada”.

Ahora bien, en lo que respecta a la reserva de los documentos del proceso para contratar bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia, esta se infiere, además de lo dispuesto por los ya mencionados artículos 24 de la Ley 1755 de 2015 y 19 de la Ley 1712 de 2014, de lo establecido en los artículos 33 de la Ley 1621 de 2013 y 2.2.1.2.1.4.3, 2.2.1.2.1.4.6 y 2.2.1.1.3.1 del Decreto Único 1082 de 2015. Así, la primera de dichas disposiciones reconoce el carácter reservado de los documentos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia:

*“Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada”.*

La segunda de las señaladas normas determina:

*“Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes Procesos de Contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el 2.2.1.2.1.4.6 del presente decreto”.*

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.6 establece expresamente la naturaleza de los documentos del proceso para la adquisición de bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieran reserva:

*“Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas<sup>50</sup>. (Decreto 1510 de 2013, artículo 78)”.*

Finalmente, la cuarta disposición determinó lo que debe entenderse por documentos del proceso al indicar que estos consisten en:

*“(a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación”.*

De esta suerte, a partir de una interpretación sistemática de las referidas normas, se concluye que los documentos del proceso de contratación de bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia que requieran reserva para su adquisición, no deben ser publicados en el Secop. Esta postura permite garantizar la necesaria reserva que demanda la contratación de dichos bienes y servicios, toda vez que si se exigiera su publicación en el

<sup>50</sup> Frente a este inciso, la Sección Tercera lo suspendió provisionalmente de forma parcial y condicional. Así, señaló: “CUARTO: SUSPENDER, de manera provisional y parcial, de forma condicionada, el segmento del primer inciso del artículo 7º8 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013 que determina “sin que sea necesario recibir varias ofertas”, pero únicamente en cuanto se entienda que esa norma autoriza a las entidades estatales del Sector Defensa, a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Unidad Nacional de Protección, en los casos de adquisición de bienes y servicios que requieren reserva, para que celebren los correspondientes contratos sin dar cumplimiento al principio de selección objetiva y, por tanto, prescindiendo de cualquier modalidad encaminada a obtener pluralidad de ofertas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222).

mencionado sistema, la reserva se vería gravemente afectada al igual que el adecuado desarrollo de las funciones que tiene a su cargo la Dirección.

### c. La suspensión del Decreto 1510 de 2013

La figura de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo se encuentra consagrada a nivel constitucional en el artículo 238 de la Carta Política<sup>51</sup>, y a nivel legal en el artículo 230 del CPACA. Tiene como propósito, en los términos del artículo 229 del mismo estatuto, proteger y garantizar de forma provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia<sup>52</sup>. En línea con este argumento, la jurisprudencia ha indicado:

*“Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPACA, fue concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción”<sup>53</sup>.*

La determinación de la suspensión provisional, la cual procede frente a actos particulares o generales<sup>54</sup>, requiere el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 231 del CPACA, de tal suerte que su decreto no resulte caprichoso o violatorio del debido proceso<sup>55</sup>.

En lo que respecta a su alcance, la decisión de suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo provoca la interrupción temporal de los efectos del acto<sup>56</sup>, y en consecuencia la suspensión de su fuerza obligatoria<sup>57</sup>. En consecuencia, el acto continúa siendo

51 “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

52 “La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es una medida cautelar prevista en el numeral 3 del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 229 ibídem es la de “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 13 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14).

53 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 23 de julio de 2014, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00221-01(3531-13).

54 “El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. La Constitución no distingue si la medida de suspensión provisional solo cabría contra los actos administrativos de contenido particular y no contra los actos generales o normativos, conocidos comúnmente como reglamentos, y que son de naturaleza diferente de los primeros. Como la norma no distingue, el intérprete tampoco. En consecuencia, la suspensión provisional puede recaer frente a cualquier clase de actos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

55 “No obstante, la adopción de una medida cautelar no es caprichosa sino que en aras del respeto del derecho al debido proceso, es necesario el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA. Por ello, no puede sostenerse que con la medida tomada en el auto suplicado se confundieron el objeto de la medida y los requisitos para su procedencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

56 “El recuento de la jurisprudencia de esta Corporación, permite a la Sala formular estos planteamientos: que por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido, que la consecuencia natural de la orden judicial consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00098-00. “La medida suspende los efectos que produce el acto administrativo sub iudice, pero el restablecimiento del derecho solo deriva de la declaratoria de nulidad del acto que se efectúa en la sentencia. La medida provisional afecta la eficacia del acto, mientras que el restablecimiento del derecho solo es posible si se declara la nulidad del acto demandado, esto es, si se deja sin validez la decisión administrativa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 13 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14).

57 “Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00038-00 (39.040).

válido, pero no puede seguir siendo ejecutado o aplicado por la administración<sup>58</sup>. En el caso particular que se analiza, la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó la suspensión parcial del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013. En esta dirección indicó:

*CUARTO: SUSPENDER, de manera provisional y parcial, de forma condicionada, el segmento del primer inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013 que determina “sin que sea necesario recibir varias ofertas”, pero únicamente en cuanto se entienda que esa norma autoriza a las entidades estatales del Sector Defensa, a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Unidad Nacional de Protección, en los casos de adquisición de bienes y servicios que requieren reserva, para que celebren los correspondientes contratos sin dar cumplimiento al principio de selección objetiva y, por tanto, prescindiendo de cualquier modalidad encaminada a obtener pluralidad de ofertas. (...)*

*QUINTO: SUSPENDER, de manera provisional, en su totalidad, el segundo inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, incluyendo sus numerales 1 al 20, en el cual se dispone “Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición”, así como se enlistan los bienes, obras y servicios que requieren reserva para su adquisición.*

Con todo, esta decisión no implica que los operadores jurídicos no puedan hacer uso de la contratación directa autorizada en los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, pues esta se encuentra vigente. Sin embargo, para su aplicación es necesario acudir a otras normas de orden legal que definan los eventos que requieren reserva para su contratación. En otras palabras, y tal como lo ha señalado esta corporación, se presenta un caso de reenvío a otras normas de carácter legal<sup>59</sup>, como precisamente ocurre en el caso de la Ley 1621 de 2013.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### LA SALA RESPONDE:

*1. Al amparo de la reserva legal contenida en la Ley Estatutaria 1621 de 2013, en especial en el artículo 33 ídem, y leyendo esta norma en concordancia con el recientemente expedido artículo 125 de la Ley 1753 de 2015 ¿La Dirección Nacional de Inteligencia se encuentra legalmente facultada para contratar directamente y bajo condiciones reservadas, los bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de “gastos reservados” se constituyen como elementos técnicos y/o se requieren como instrumentos de “medio a fin” para el desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia del Estado?*

58 “[P]ero que por sí misma ataca la eficacia del acto mas no su validez, de manera que el acto administrativo continúa siendo válido hasta la sentencia definitiva que lo anule, pero no puede seguir siendo ejecutado ni por la misma administración ni por ninguna de las partes interesadas en la decisión suspendida”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00098-00. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 1981, Radicación número: 1.511.

59 “Así las cosas, la Sala encuentra que el correcto entendimiento que debe darse de la causal prevista en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, supone la existencia de eventos definidos por el Legislador como reservados, pues solo a través de ese medio constitucionalmente definido se puede garantizar el principio básico de la legitimidad democrática y se asegura la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos ante la restricción de un derecho fundamental. (...) Así las cosas, en consonancia con el fallo de constitucionalidad, esta Sala debe observar que la expresión genérica del legislador no puede ser colmada en ejercicio de la facultad reglamentaria en tratándose de la restricción de un derecho fundamental, por manera que la determinación precisa y clara de su contenido deberá ocupar, nuevamente, a la labor legislativa, por manera que, para el caso de lo establecido en la letra i) del número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de defensa y seguridad nacional debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones particulares que deberán realizar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente. Sólo una interpretación en este sentido se ajusta a los dictados constitucionales y legales, y garantiza la transparencia y la publicidad de la actuación del Estado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015, Radicación número: 110010326000200900043 00 (36805).

La Dirección Nacional de Inteligencia tiene la competencia para contratar de forma directa y reservada los bienes y servicios que requiera, bajo su responsabilidad, en la medida en que dicha modalidad de contratación sea necesaria para evitar un riesgo presente, probable y específico que conlleve a un daño o afecte el cumplimiento de sus funciones, la ejecución de operaciones de inteligencia y contrainteligencia, así como la reserva de la identidad de sus funcionarios y de la información, documentos, elementos técnicos, fuentes, medios y métodos utilizados para el ejercicio de las funciones de la entidad.

De esta suerte, si la Dirección Nacional de Inteligencia, atendiendo los parámetros anteriores, requiere contratar de forma directa y reservada elementos técnicos o instrumentos necesarios o de medio, para cumplir sus labores de inteligencia y contrainteligencia, o garantizar la reserva indicada, puede acudir a dicho procedimiento, se repite, bajo su entera responsabilidad.

*2. Si la anterior respuesta es negativa, entonces ¿Cuál es la contratación reservada a que se refieren los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007?*

Teniendo en cuenta la respuesta anterior, no hay lugar a absolver esta pregunta.

*3. Teniendo en cuenta que los artículos 18, 22, 34, 35, 39, 40 y 41 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 se ordena la reserva para los asuntos allí relacionados, ¿pueden leerse dichos artículos en concordancia con el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015, para contratar directamente y bajo condiciones reservadas los bienes, obras y servicios que sin estar cobijados por el régimen especial de “gastos reservados”, se requieran para los propósitos señalados en los artículos que se enuncian en el presente numeral?*

La contratación directa y reservada de bienes, obras y servicios requeridos para alcanzar los propósitos señalados en los artículos 18, 22, 34, 35, 39, 40 y 41 de la Ley 1621 de 2013, es posible siempre y cuando esta se enmarque dentro de los parámetros señalados en la respuesta a la primera pregunta.

*4. Teniendo en cuenta lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el auto de suspensión provisional del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 (Exp. 110010326000201400035 00 (50.222). M. P. Mauricio Fajardo Gómez) ¿los operadores jurídicos pueden o no hacer uso de la contratación directa reservada autorizada por los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007? Si la respuesta es negativa, ¿Se está en presencia de una norma jurídica vigente que no puede ser aplicada?*

A pesar de la suspensión provisional del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, se puede hacer uso de la contratación directa autorizada en los literales d) y j) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, pues esta última ley se encuentra vigente. Sin embargo, para su aplicación debe acudirse a las normas de orden legal que señalen los bienes y servicios que requieren confidencialidad para su contratación, tal como ocurre en el caso de la Ley 1621 de 2013.

*5. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, los “documentos del proceso” que sirven de soporte a los procesos de contratación que se adelan-*

*tan para adquirir los bienes y servicios descritos en la presente consulta, no cobijados por el régimen de “gastos reservados” ¿tendrían que publicarse en el SECOP?*

Los documentos del proceso de contratación de bienes y servicios por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia, no cobijados por el régimen de gastos reservados y que requieran reserva para su adquisición en los términos señalados en la pregunta n.º1, no deben ser publicados en el Secop.

Remítase a la Dirección Nacional de Inteligencia 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

### 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.

#### Radicado 2260

Fecha: 10/08/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 15 de febrero de 2016

La señora Ministra de Transporte formula diferentes interrogantes a la Sala de Consulta y Servicio Civil en relación con las consecuencias que acarrearían, en los procesos de contratación estatal en Colombia, las condenas, medidas de aseguramiento e investigaciones que las autoridades de un país extranjero impusieren o adelantaren, según el caso, en contra de una persona jurídica extranjera, o de las personas naturales que se desempeñen como sus representantes legales, miembros de junta directiva o socios, por la comisión en el extranjero de delitos contra la administración pública, soborno transnacional, o infracciones disciplinarias o fiscales.

En concreto, pregunta si lo anterior podría, de acuerdo con las normas nacionales y con los tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia, configurarse como una causal de inhabilidad o incompatibilidad para que la persona jurídica extranjera o la sucursal constituida en Colombia contrate con las entidades estatales nacionales, de acuerdo con los siguientes:

#### I. Antecedentes

La capacidad para la celebración de contratos es el principio que rige en Colombia a favor de los particulares, tanto en el derecho privado como en el derecho público. No obstante, existen disposiciones en el campo de la contratación estatal que definen algunos casos en los cuales se configura una inhabilidad o incompatibilidad que les impide contratar con el Estado.

Así, las normas nacionales prescriben que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos, *“las personas que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o soborno transnacional”* y que la inhabilidad *“se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas”* (artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011).

Ahora bien, no solo respecto de las condenas penales se predicen efectos en la contratación estatal, sino también de las medidas de aseguramiento, puesto que cuando el representante legal de una persona jurídica de derecho privado sea sometido a una de tales medidas por su actuación contractual, esta última queda inhabilitada para proponer y celebrar con-

tratos con el Estado por el término de duración de la medida (artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993).

En el supuesto caso en el que el representante legal mencionado fuere condenado, la persona jurídica de derecho privado quedará inhabilitada para proponer y contratar con entidades estatales por espacio de diez años, así como también lo estará y por idéntico término, si aquella resultare declarada civilmente responsable (artículo 58, numeral 6 ibídem).

El Estatuto Anticorrupción determina que las personas jurídicas que hayan procurado algún beneficio de los delitos cometidos contra la administración y el patrimonio público, están sometidas a las medidas de suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, las cuales tendrán carácter definitivo cuando se profiera sentencia condenatoria (artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 91 de la Ley 906 de 2004).

En el supuesto caso de que las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinieren una vez suscrito el contrato estatal, el contratista afectado deberá cederlo a un tercero, previa autorización de la entidad, o renunciar a su ejecución, si no fuere posible. Si la inhabilidad sobreviniere en la etapa de presentación de propuestas, se entenderá que el proponente renuncia a su participación en el proceso (artículo 9° de la Ley 80 de 1993).

Finalmente, Colombia hace parte de diferentes convenciones, convenios y tratados internacionales, que procuran la cooperación de la comunidad internacional en contra de la corrupción, los cuales requieren ser interpretados en función de las normas nacionales para determinar su efecto en los procesos de contratación que se surten en el país.

En la actualidad el asunto cobra suma importancia en atención a los sucesos que han referido los medios de comunicación, respecto de medidas de aseguramiento dictadas por autoridades judiciales de otros países en contra de algunos directivos de personas jurídicas extranjeras, las cuales participan, por medio de sucursales o subsidiarias en Colombia, en procesos de contratación estatal.

Habida cuenta de lo expuesto, la señora ministra formuló las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano, ¿se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿Cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas en aquellos casos en que algunas de las conductas descritas sobrevenga durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución? De igual manera es preciso aclarar si ¿En aquel caso en que la entidad estatal colombiana tenga régimen de contratación de derecho privado, podría aplicar las mismas normas y derivar iguales consecuencias? En caso contrario, Explicar ¿cuál sería el régimen aplicable?*



2. En el caso de que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y esta o su sucursal constituida en Colombia se asocie en consorcio, unión temporal o sociedad futura con una persona natural o jurídica colombiana para participar en un proceso de selección con el Estado colombiano, ¿debe ser declarada como inhabilitada para participar en el proceso o para contratar, con arreglo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en nuestra legislación?

3. Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, la Convención de la ONU y/o de la OEA, ¿existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de éstos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?

4. En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y se le haya adjudicado un contrato estatal, ¿puede la Entidad contratante requerir nuevas garantías al contratista para amparar el aumento de nivel de riesgo?

5. Si el representante legal de una sociedad extranjera, sus miembros de Junta Directiva o socios tienen una condena penal en firme por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional en el exterior, ¿qué autoridad es competente para tramitar el exequátur para darle validez jurídica a la sentencia judicial en el marco del ordenamiento jurídico colombiano? ¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

### A. Problema jurídico

El problema jurídico principal que se plantea en la consulta hace referencia a cuáles son los efectos que en la contratación estatal de Colombia tienen actos de corrupción cometidos en el extranjero, por personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que participan en la actividad contractual en nuestro país, y cuáles son las herramientas con las que cuenta el Estado colombiano para prevenirlas, sancionarlas y conjurarlas, en el contexto de una economía globalizada e integrada.

Por supuesto, se advierte que en este problema jurídico principal están involucrados diversos problemas jurídicos específicos, cuyo análisis permitirá absolver las preguntas formuladas en la consulta.

Con base en lo anterior, la Sala considera necesario estudiar, en su orden, los siguientes aspectos: (i) Ubicación del tema; (ii) Marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción; (iii) Principios constitucionales y legales que permiten prevenir la corrupción en la contratación estatal; (iv) Los riesgos previsibles en la contratación: el de corrupción, uno de ellos y la mitigación del riesgo a través de las garantías contractuales; (v) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; (vi) Interpretación y aplicación de las normas y causales de inhabilidad invocadas en la consulta; (vii) Consideración final.

## B. Ubicación del tema

La globalización ha traído de la mano la cesión de espacios de soberanía al ámbito supra nacional. En tal sentido, así como la economía lícita y formal se ha extendido más allá de las fronteras propias de los Estados, también se han globalizado las manifestaciones delictivas, entre ellas la corrupción. En palabras de FERRAJOLI:

*“Uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad “global” o “globalizada”, en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía: es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino, a la par de las actividades económicas de las grandes corporations multinacionales, a nivel transnacional o incluso planetario”<sup>1</sup>.*

En efecto, la corrupción no es un problema local sino que ha asumido la forma de un fenómeno transnacional que produce consecuencias en todas las economías, de donde emerge la cooperación internacional como herramienta indispensable para prevenirla, combatirla y corregir sus efectos de manera eficaz.

En este sentido la corrupción es una de las principales amenazas contra los Estados, toda vez que vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública; también la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado, afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y su funcionamiento, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad.

Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos, disminuye las tasas de retorno, obstaculiza el comercio internacional, aumenta los precios de los bienes y servicios y reduce su volumen y calidad<sup>2</sup>.

1 L. FERRAJOLI, “Criminalidad y globalización”, en *Estudios de Derecho*, Volumen LXV, n.º 145, Universidad de Antioquia, junio de 2008, p. 16-29. El autor manifiesta que la globalización, en tanto que escenario dentro del cual se manifiesta la corrupción, pone de presente “la impotencia del derecho, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización”, lo que implica “un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas”.

2 F. CAPARRÓS, y N. RODRÍGUEZ (COORD.), “La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar”, *Ratio Legis*, Salamanca, 2004. “La corrupción facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos. La eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa”.

El Documento Conpes 167 de 2013 “*Estrategia nacional de la política pública integral anti-corrupción*” entiende la corrupción en el contexto de las instituciones públicas como “*el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado. Esto implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos o privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos*”.

Uno de los campos más vulnerables para la ocurrencia de actos de corrupción es la contratación estatal, como quiera que esta constituye una de las modalidades más importantes de gestión, que compromete el patrimonio y los recursos públicos.

La confianza en los proponentes y los contratistas del Estado, habida consideración de su condición de colaboradores de la Administración, así como la diligencia y prudencia en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y del interés público que se persigue con la contratación estatal, demanda de la Administración la toma de las medidas necesarias para prevenir, sancionar y conjurar actos de corrupción. En tal sentido, la pérdida de la confianza en dichos colaboradores trae aparejada la posibilidad de que se materialicen los riesgos de la actividad contractual estatal, entre otros, el reputacional, el legal y el financiero, que pueden conducir, en últimas, a la afectación negativa de los recursos públicos y de la legitimidad de las instituciones.

En ese orden de ideas, al tratarse de un fenómeno transnacional, existe no solo una conciencia colectiva respecto de los efectos negativos de la corrupción, sino un frente común de los Estados para combatirla, lo que ha dado lugar a un marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción, que la Sala considera pertinente analizar.

### **C. Marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción**

En la actualidad el Estado colombiano se encuentra vinculado por al menos tres instrumentos de derecho internacional de lucha contra la corrupción. En efecto, los siguientes tratados se encuentran vigentes a nivel internacional, fueron aprobados por el Congreso de la República mediante ley y declarados exequibles por la Corte Constitucional al surtir la respectiva revisión, por lo cual hacen parte del ordenamiento jurídico interno:

#### **1. Los tratados internacionales de prevención y sanción de la corrupción y su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano**

##### **1.1. Ley 412 de 1997, “*por la cual se aprueba la ‘Convención Interamericana contra la Corrupción’, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis*”**

Dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C – 397 de 1998; su importancia para este concepto radica en que en el artículo VI definió “*actos de corrupción*” como la realización de cualquiera de las siguientes conductas:

“*Artículo VI. ACTOS DE CORRUPCIÓN.*

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y

e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. (...).”

Adicionalmente, los artículos VIII y IX de la Convención disponen que “Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de **soborno transnacional**, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención”, y “Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de **enriquecimiento ilícito**, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención”, respectivamente<sup>3</sup>. (Resalta la Sala).

Así las cosas, ante la existencia de la citada convención, la ley aprobatoria de la misma y la exequibilidad declarada por la Corte Constitucional, es procedente sostener que la locución “actos de corrupción” hace parte del ordenamiento jurídico colombiano y tiene plenos efectos prácticos en el derecho interno<sup>4</sup>.

3 El Código Penal Colombiano tipifica en los artículos 327 y 412 los punibles de enriquecimiento ilícito de particulares y del enriquecimiento ilícito, respectivamente, a saber:

“**Artículo 327. Enriquecimiento ilícito de particulares.** El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“**Artículo 412. Enriquecimiento ilícito.** Modificado por el art. 29, Ley 1474 de 2011. El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses”.

4 Corte Constitucional, sentencia C-084 de 2013. La Corte le dio plena aplicación al concepto de corrupción derivado de la Convención al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 11 de la Ley 1474 de 2011, por la supuesta violación de los principios de legalidad y tipicidad, al establecerse una sanción penal por ocultar o encubrir un acto de corrupción. La Corte, luego de citar en sus consideraciones el artículo VI de la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, declaró exequible la disposición demandada y sostuvo: “... el contenido de la expresión ‘corrupción,’ se encuentra tanto en la misma Ley 1474 de 2011, como en otras normas de carácter legal que han definido actos de corrupción. Por lo que no se está ante un aspecto oscuro e impreciso que no permita discernir cuál es la conducta reprochada penalmente”.

En el anterior contexto, es preciso señalar que el artículo IV de dicha Convención dispone: *“Ámbito. La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte”*.

De esta manera, la prevención y sanción de los *“actos de corrupción”* es un deber de las autoridades públicas colombianas por expresa disposición de la Ley 412 de 1997, en concordancia con los artículos 4, 6, 9 y 121 de la Constitución Política, cuando quiera que dichos actos se cometan o sus efectos se produzcan en Colombia.

### **1.2. Ley 970 de 2005, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas”**

La Ley 970 de 2005 y la Convención de la ONU (en adelante la Convención), fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-172 de 2006<sup>5</sup>, donde advierte que su contenido es análogo a lo previsto en Convención Interamericana contra la Corrupción.

El preámbulo de la Convención de la ONU es plenamente concordante con lo expuesto por la Sala en la *“Ubicación del tema”* de este concepto, toda vez que pone de presente la preocupación que asiste a los Estados Parte respecto de la corrupción, en su condición de fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías y que exige la cooperación internacional para su prevención y sanción<sup>6</sup>.

Como puede advertirse, la Convención de la ONU está en consonancia con los principios de la función administrativa que consagra el artículo 209 de la Constitución Política y, por lo mismo, tales principios sirven de fundamento para la prevención de los actos de corrupción, en los términos en que se desarrollarán en el capítulo siguiente. Esto último resulta aún más contundente si se observa que la Convención establece medidas para prevenir los actos de corrupción en el ámbito de colaboración entre el sector público y privado, como lo es la contratación estatal. En efecto, de acuerdo con el artículo 12, numeral 2, literal b), los Estados deben:

*“Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de*

---

Análogo razonamiento fue realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C - 434 de 2013 al resolver la demanda contra el parágrafo 2° del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, declarándolo exequible para lo cual acudió a la noción **“actos de corrupción”** señalada en la **“Convención Interamericana contra la Corrupción”**.

- 5 Indica la Corte Constitucional que: *“Las prácticas de corrupción desde luego son contrarias y nugatorias de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ellas se oponen a la realización efectiva de los mismos y los debilitan al punto de afectar gravemente el interés general. En todos los casos y sin importar la forma en que se mire, la corrupción agrava la desigualdad. Al producir ese efecto, siembra las semillas de tensiones sociales y políticas, amenaza la propia estructura de la sociedad y mina la eficacia del Estado y la legitimidad política de los gobiernos”*.
- 6 Se observa en el preámbulo que los Estados parte han tenido en consideración para efectos de la Convención, entre otros, los siguientes elementos: (i) la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley; (ii) los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, y (iii) los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados.

*buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado*". (Se resalta).

Por consiguiente, la Convención de la ONU promueve la aplicación de controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal para prevenir que esa actividad sirva de vehículo para actos de corrupción<sup>7</sup>.

Para la Sala es claro que los mecanismos que señala la Convención, en concordancia con los principios constitucionales de la función administrativa, permiten a las entidades estatales acudir, entre otros instrumentos, a solicitar y suscribir "*compromisos de integridad*", con el fin de que tales proponentes o contratistas, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados declaren formalmente que no se encuentran comprometidos ni se involucrarán en actos de corrupción. En la misma línea se encuentra la exigencia de "*declaraciones de origen de fondos*", para prevenir que recursos de origen ilícito apalanquen la ejecución de los contratos estatales, aspectos sobre los cuales volverá la Sala más adelante. Ejemplo concreto de la correspondencia entre los instrumentos previstos en el derecho interno y la Convención de la ONU, lo constituye el artículo 34 de esta última:

*"Artículo 34. Consecuencias de los actos de corrupción. Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva"* (Resalta la Sala).

De acuerdo con la anterior disposición recuerda la Sala que el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007<sup>8</sup> permite la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por "*medios ilegales*", por lo que de conformidad la norma transcrita, podrá sostenerse que los "*actos de corrupción*" se enmarcan dentro de la noción de "*medios ilegales*" y, por lo mismo, la entidad estatal estará facultada para proceder con la mencionada revocatoria.

Si bien aspectos como los indicados en precedencia sustentan determinaciones para prevenir la corrupción que van aparejadas con el derecho interno, no es menos cierto que en otros ámbitos la Convención de la ONU defiere al derecho interno aspectos tales como la determinación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por su participación en delitos tipificados en la citada convención (artículo 26), así como el establecimiento de inhabilidades por dicha responsabilidad (artículo 30, numeral 7).

7 Corte Constitucional, Sentencia C-172 de 2006: "...el tratamiento de la corrupción resulta incompleto si no incorpora medidas adecuadas y suficientes que garanticen las buenas prácticas de las empresas que interactúan permanentemente en la actividad estatal. La experiencia demuestra que distintos escenarios de la *función pública*, como es el caso de la *contratación*, resultan con frecuencia relacionados con actos de corrupción ocasionados, la mayoría de las veces, por la *ausencia de controles* efectivos a la actuación de los particulares que concurren en tales procesos. En consecuencia, las previsiones de la Convención que introducen la posibilidad que los Estados Parte incorporen en sus legislaciones mecanismos de control contable, *códigos de buenas prácticas comerciales y transparencia en el manejo de la información* están en plena armonía con los principios que gobiernan el ejercicio de la función administrativa". (Se resalta).

8 "*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*".

### **1.3. Ley 1573 de 2012, “por medio de la cual se aprueba la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”**

El citado instrumento, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-944 de 2012, enfatiza en la tipificación y sanción penal del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros y defiere al derecho interno la responsabilidad de personas jurídicas y la correspondiente sanción penal, así como la posibilidad de imponer sanciones monetarias, civiles o administrativas (artículos 2 y 3). En parte alguna de la convención se establece directamente inhabilidad para contratistas del Estado por su participación en el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, y por lo mismo, tal aspecto queda igualmente deferido al derecho interno.

Ahora, la citada Convención contra el Cohecho, al igual que los instrumentos analizados en precedencia, sí establece mecanismos de cooperación internacional, como se verá enseguida.

## **2. La colaboración internacional en la lucha contra la corrupción: mecanismos específicos de solicitud de información y pruebas, y medios tradicionales del derecho interno de los países**

La cooperación de los diferentes países se impone como instrumento clave para la prevención y sanción de la corrupción transnacional. Al respecto obran instrumentos de naturaleza internacional y de creación específica que persiguen esa finalidad, así como otros que se ubican tradicionalmente en el derecho interno de las naciones y que a pesar de no estar diseñados para enfrentar la corrupción como tarea exclusiva, en función de las circunstancias precisas del caso, pueden constituir un elemento eficaz para actuar en su contra, tal como es el caso de la validez de sentencias extranjeras en Colombia y el exequatur.

### **2.1. Convención Interamericana contra la Corrupción**

Fundamentalmente se aprecian tres disposiciones que permiten la cooperación entre los Estados parte de la convención, a saber:

*“Artículo XIV. Asistencia y cooperación. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.*

*Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción”.*

Aunque en principio la norma parece establecer que son las autoridades de investigación y juzgamiento penal las encargadas de solicitar o tramitar las solicitudes de cooperación, el artículo XVIII de la Convención señala:

*“Artículo XVIII. Autoridades centrales. Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos.*

*Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención. Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención”.*

Se evidencia con la norma transcrita que es el Estado parte el que, a su juicio, deberá designar “*las autoridades centrales*” que formularán y recibirán las solicitudes de asistencia y cooperación para la lucha contra la corrupción, sin que tales autoridades estén limitadas a las de investigación y juzgamiento penal.

En este sentido la Sala sugiere al ministerio consultante acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores para determinar la entidad u organismo nacional que funge como “*autoridad central*” para los fines de dicha convención y canalizar por esa vía las solicitudes de asistencia o cooperación internacional.

Ahora, frente a la solicitud de antecedentes disciplinarios o fiscales por actos de corrupción la Convención guarda silencio, pero no descarta la Sala que dentro del contexto de que los Estados parte “*se prestarán la más amplia asistencia recíproca*” y la aplicación del principio de buena fe, fundante de las relaciones internacionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la autoridad central Colombiana pueda requerir dicha información.

## **2.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**

La Convención tiene un capítulo específico sobre cooperación internacional compuesto por 8 artículos. La Sala destaca que, en principio, dichas disposiciones están referidas a la investigación y sanción de los delitos tipificados como actos de corrupción, facilitando la cooperación entre las autoridades competentes, en particular a través de la asistencia judicial recíproca prevista en el artículo 46 de la Convención. No obstante, se estima que el capítulo sobre cooperación internacional no descarta que esta pueda darse entre autoridades diferentes a las de investigación y juzgamiento penal, con base en las siguientes normas:

### *“CAPÍTULO IV. Cooperación internacional*

*Artículo 43. Cooperación internacional. 1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción”.*



La norma transcrita permite que dentro del contexto de la cooperación internacional contemplada en la Convención de la ONU, dicha cooperación también se preste para investigaciones y procedimientos administrativos, como sería conocer la información de proponentes o contratistas que participen en un proceso de selección, o hayan celebrado un contrato estatal, respectivamente. Igualmente, dada la naturaleza administrativa de las sanciones fiscal y disciplinaria, la Sala estima que podrá requerirse antecedentes en la materia a los Estados parte.

Respalda el anterior criterio el artículo 48 de la Convención que es del siguiente tenor:

*“Artículo 48. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley*

*1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados Parte adoptarán medidas eficaces para: (...)*

*f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención”*

Como puede observarse la cooperación no está limitada a aspectos penales sino que también debe darse para la adopción de medidas administrativas. No obstante, lo que sí resulta indispensable es que dicha solicitud de cooperación se tramite por la “*autoridad central encargada*”, en los términos del numeral 13 del artículo 46 de la Convención.

Destaca la Sala el artículo 41 de la Convención de la ONU que es del siguiente tenor:

*“Artículo 41. Antecedentes penales. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.*

Si bien está relacionada con actuaciones penales, lo cierto es que la sentencia condenatoria proferida por un Estado parte en relación con actos de corrupción tipificados en dicha Convención puede ser tenida en cuenta por otro Estado parte, para lo cual se debe acudir a los mecanismos de cooperación señalados en la Convención.

### **2.3. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**

Dispone la citada Convención lo siguiente:

*“Artículo 9°. Ayuda Jurídica Recíproca.*

*1. En el grado máximo posible que permitan sus leyes, tratados y acuerdos pertinentes, cada Parte deberá brindar ayuda jurídica eficaz e inmediata a otra Parte para efectos de investiga-*

*ciones y procedimientos penales iniciados por una Parte con respecto a delitos dentro del ámbito de esta Convención; y para actos no penales dentro del ámbito de esta Convención iniciados por una Parte contra una persona moral. La Parte requerida deberá informar sin demora a la Parte requirente sobre cualquier información o documentos adicionales necesarios para respaldar la petición de ayuda y, cuando así lo solicite, sobre la situación y resultado de la petición de ayuda”.*

Como puede apreciarse, la Convención contra el Cohecho establece una regla de cooperación más amplia que los instrumentos internacionales señalados en precedencia, si se tiene en consideración que la norma transcrita dispone de una *“asistencia jurídica”*, lo que en términos materiales y orgánicos resulta más amplio que una *“asistencia judicial”*, delimitada a esa clase de autoridades. Igualmente se precisa de manera expresa que la asistencia se puede dar para actuaciones *“no penales”*, lo que indiscutiblemente incluye a las actuaciones administrativas contractuales, a las disciplinarias y a las fiscales.

Por su parte, el artículo 11 dispone:

*“Artículo 11. Autoridades Responsables*

*Para los fines del párrafo 3° del Artículo 4°, sobre consultas; del Artículo 9°, sobre asistencia jurídica recíproca y del Artículo 10, sobre extradición; cada Parte deberá notificar al Secretario General de la OCDE quién es o quiénes son las autoridades responsables de la preparación y recepción de solicitudes, que servirán como vía de comunicación para dichos asuntos de esa Parte, sin perjuicio de otros acuerdos entre las Partes”*

Para la eficacia y eficiencia de la solicitud de asistencia jurídica prevista en la Convención contra el Cohecho de la OCDE, la Sala sugiere al ministerio consultante acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores para determinar la entidad u organismo nacional que funge como *“autoridad responsable”* para los fines de dicha convención y canalizar por esa vía las solicitudes de asistencia o cooperación internacional.

#### **2.4. Acuerdos de asistencia judicial recíproca suscritos por Colombia**

Además de lo explicado sobre cooperación judicial internacional, es preciso manifestar que Colombia ha suscrito acuerdos de asistencia judicial recíproca con varios países, entre ellos Brasil.

En efecto, la Ley 512 de 1999 aprobó el *“Acuerdo de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en materia penal entre la República de Colombia y la República Federativa del Brasil, suscrito en Cartagena de Indias el siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997)”*; dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 324 de 2000.

El alcance de la asistencia se encuentra previsto en artículo 2, a saber:

*“Artículo 2°. Alcance de la asistencia. La asistencia comprenderá:*

*a) Notificación de actos procesales;*

- b) Recepción y producción o práctica de pruebas, tales como testimonios y declaraciones, peritazgos e inspecciones de personas, bienes y lugares;*
- c) Localización e identificación de personas;*
- d) Notificación de personas y peritos para comparecer voluntariamente a fin de prestar declaración o testimonio en la Parte Requiriente;*
- e) Traslado de personas detenidas a efectos de comparecer como testigos en la Parte Requiriente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, de conformidad con el presente acuerdo;*
- f) Medidas cautelares sobre bienes;*
- g) Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes, incluyendo la eventual transferencia del valor de los bienes decomisados de manera definitiva;*
- h) Entrega de documentos y otros objetos de prueba;*
- i) Embargo y secuestro de bienes para efectos de cumplimiento de indemnizaciones y multas impuestas por sentencia judicial de carácter penal;*
- j) Cualquier otra forma de asistencia de conformidad con los fines de este Acuerdo siempre y cuando no sea incompatible con las leyes del Estado Requerido”.*

Resalta la Sala la posibilidad acordada entre los Estados parte de solicitar y obtener “documentos y otros medios de prueba”, las cuales incluyen por supuesto las sentencias proferidas por las autoridades competentes de cada país.

De manera similar a los instrumentos internacionales, el Acuerdo con Brasil establece unas autoridades centrales para atender los requerimientos:

*“Artículo 3°. Autoridades centrales.*

*1. Cada una de las Partes designará una Autoridad Central encargada de presentar y recibir las solicitudes que constituyen el objeto del presente Acuerdo.*

*2. A este fin las Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas y remitirán las solicitudes a sus Autoridades Competentes.*

*3. Con relación a las solicitudes de asistencia enviadas a Colombia, la Autoridad Central será la Fiscalía General de la Nación; con relación a las solicitudes de asistencia judicial hechas por Colombia la Autoridad Central será la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho. La Autoridad Central para la República Federativa de Brasil es el Ministerio de Justicia”.*

Como puede advertirse, en relación con la asistencia judicial que se puede solicitar a Brasil, además de la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Justicia y del Derecho cumple

funciones de autoridad central y, por lo mismo, las entidades estatales contratantes que requieran información podrán acudir a ese ministerio.

La asistencia prevista en el Acuerdo con Brasil subsiste y se complementa con la Convención Interamericana contra la Corrupción y las Convenciones de la ONU y contra el Cohecho de la OCDE, en los términos que han sido expuestos en este concepto por expresa disposición del artículo 23 de dicho Acuerdo<sup>9</sup>.

## 2.5. Mecanismos de colaboración internacional que tradicionalmente se encuentran incorporados en el derecho interno de los países. Exequatur

En atención al principio de territorialidad, la ejecución de las sentencias que se profieren en un país por parte de sus autoridades judiciales debe tener lugar dentro de sus fronteras. No obstante, tanto en materia civil como penal, la institución jurídica en virtud de la cual se ha instrumentado, tradicionalmente, la ejecución de sentencias dentro de la jurisdicción de un país ajeno al de las autoridades judiciales que las profirieron, recibe el nombre de exequatur<sup>10</sup>.

La Corte Constitucional ha indicado, desde un punto de vista general, que el reconocimiento y ejecución de las providencias extranjeras obedece a distintas teorías: *“la noción de comity o cortesía internacional, el respeto a los derechos adquiridos en virtud de sentencia judicial, el valor internacional de la justicia”*<sup>11</sup>; y ha fijado el sustento constitucional nacional para el efecto en los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución Política, referidos a la internacionalización e integración de las relaciones de Colombia.

La Ley 906 de 2004 (el Código de Procedimiento Penal), a diferencia de la Ley 600 de 2000<sup>12</sup> y Decreto 2700 de 1991<sup>13</sup>, no utiliza expresamente el término exequatur, pero dispone en tal sentido que: *“Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática”* (artículo 515). En relación con los requisitos y trámite sobre el particular:

- 9 *“Artículo 23. Compatibilidad con otros tratados, acuerdo u otras formas de cooperación.*  
 1. *La asistencia establecida en el presente acuerdo no impedirá que cada una de las Partes preste asistencia a la otra al amparo de lo previsto en otros instrumentos internacionales vigentes entre ellas.*  
 2. *Este acuerdo no impedirá a las Partes la posibilidad de desarrollar otras formas de cooperación de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos.*  
*El presente acuerdo entrará en vigor a partir de la fecha en que las Partes realicen el canje de los instrumentos de ratificación”.*
- 10 En el Código de Procedimiento Civil (Decreto 410 de 1970) y en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se dispone que *“las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter”*, pronunciadas por autoridades extranjeras *“en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia”* (artículo 693 y artículo 605, respectivamente). Los requisitos para que tales providencias civiles surtan efecto en Colombia, se encuentran relacionados de manera expresa (artículos 694 y 606), y en particular, se describe el exequatur como el trámite que se debe adelantar frente a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante demanda presentada por el interesado en la causa (artículo 695 y 607).
- 11 Corte Constitucional, C-716-1996.
- 12 *“Artículo 497. Exequatur. La solicitud de ejecución se remitirá por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá si la sentencia es ejecutable de acuerdo con los tratados internacionales o con las disposiciones de este capítulo. Cumplido este estudio enviará la actuación a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad de la capital de la República.*
- 13 *“Artículo 535. Exequatur. La solicitud de ejecución se remitirá por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá si la sentencia es ejecutable de acuerdo con los tratados internacionales o con las disposiciones de este capítulo. Cumplido este estudio enviará la actuación a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad”.*

*“Artículo 516. Requisitos. Para que la sentencia extranjera pueda ser ejecutada en nuestro país deben cumplirse como mínimo los siguientes requisitos: 1. Que no se oponga a los Tratados Internacionales suscritos por Colombia, o a la Constitución Política o a las leyes de la República. 2. Que la sentencia se encuentre en firme de conformidad con las disposiciones del país extranjero. 3. Que en Colombia no se haya formulado acusación, ni sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales, sobre los mismos hechos, salvo lo previsto en el numeral 1 del artículo 16 del Código Penal. 4. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos.*

*Artículo 517. Trámite. La solicitud deberá ser tramitada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este remitirá el asunto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá sobre la ejecución de la sentencia extranjera. No se hará nuevo juzgamiento en Colombia, excepto lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal”.*

Las normas referidas constituyen el aspecto procedimental para lograr la ejecución en Colombia de una sentencia extranjera, en relación con la cual el artículo 17 del Código Penal, Ley 599 de 2000, prescribe: *“La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales”.*

La Corte Constitucional ha indicado que la ejecución de una sentencia extranjera en Colombia persigue el cumplimiento de la pena en nuestro país y el traslado de los condenados, de acuerdo con una política de intercambio de presos e, inclusive, por razones humanitarias, en tanto que:

*“La ejecución de la sentencia extranjera en Colombia y su relación evidente con los extranjeros o con nacionales colombianos por adopción o con nacionales colombianos por nacimiento privados de la libertad o capturados en el exterior y que resulten condenados, supone un especial trámite garantizador de los derechos fundamentales y de la noción de Debido Proceso Penal que vincula a los más altos órganos e instituciones de los poderes ejecutivo y jurisdiccional denominado exequátur”.*<sup>14</sup>

Dentro del marco de la consulta formulada, en la cual se hace referencia a la viabilidad jurídica de invocar las providencias judiciales proferidas por autoridades extranjeras en contra de personas naturales, que tengan la condición de socios o representantes legales de compañías que obren como proponentes o contratistas en Colombia, para efectos de configurar las inhabilidades o incompatibilidades correspondientes, la Sala concluye que el exequatur no es el procedimiento indicado.

Es decir, si lo que se pretende es hacer cumplir la condena en Colombia a la persona natural extranjera o al nacional colombiano que ha delinquido por fuera del país, pues procederá el exequatur. Pero si lo que se busca es obtener documentos, datos o información respecto de eventuales condenas o medidas de aseguramiento proferidas por autoridades judiciales de otros países, que pudieran tener efecto en relación con proponentes o contratistas en Colombia para configurar inhabilidades o incompatibilidades, no será el exequatur el trámite idóneo.

---

14 Corte Constitucional, C-541 de 1992.

Para tales efectos, las medidas conducentes serán las de cooperación, comprendidas en los instrumentos internacionales a los cuales ha hecho referencia este concepto con anterioridad, y las que se encuentran dispuestas en materia probatoria en el derecho interno colombiano.

En tal sentido, es necesario considerar que la Ley 80 de 1993, bajo el título de “*normatividad aplicable en las actuaciones administrativas*”, indica: “*En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil*” (artículo 77).

Congruente con esta disposición, el CPACA, precisa que las normas que corresponden al procedimiento administrativo, “*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*” (artículo 2).

En materia probatoria, el CPACA define que “*serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil*”, los cuales en el curso de la actuación administrativa podrán ser aportados, pedidos y practicados “*de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales*”, para su posterior estudio y contradicción (artículo 40).

Así, es necesario analizar lo que disponen sobre el asunto el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) y el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

En primer lugar, las condenas y medidas de aseguramiento emitidas por autoridades judiciales extranjeras tienen la naturaleza de documento público, puesto que, de conformidad con su definición legal, “*documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención*” (artículo 251, C. P. C.).

El Código de Procedimiento Civil contiene normas en las cuales reconoce validez a los documentos públicos otorgados en el extranjero por funcionario extranjero o con su intervención, en tanto que se cumpla con el procedimiento de autenticación por parte del cónsul o agente diplomático nacional, cuya firma habrá de abonarse por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia<sup>15</sup>; también indica los requisitos para apreciar como prueba documentos que hayan sido expedidos en idioma diferente al castellano<sup>16</sup>.

15 “Artículo 259. Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 118. Documentos otorgados en el extranjero. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano”.

“Artículo 262. Certificaciones. Tienen el carácter de documentos públicos: 1. Las certificaciones que expidan los jueces conforme a lo dispuesto en el artículo 116. 2. Las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos. 3. Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley”.

“Artículo 116.- Modificado Ley 1395 de 2010, artículo 8. Certificaciones. Los secretarios de los despachos judiciales pueden expedir certificaciones sobre la existencia de procesos, el estado de los mismos y la ejecutoria de providencias sin necesidad de auto que las ordene. El juez expedirá certificaciones sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita; también en los demás casos autorizados por la ley”.

16 “Artículo 260. Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 119. Documentos en idioma extranjero. Para que los documentos expedidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente”.

Al respecto es indispensable considerar que Colombia hace parte de la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961”, comúnmente denominada “apostilla”, la cual fue incorporada al derecho interno en virtud de lo dispuesto en la Ley 455 de 1998<sup>17</sup>, en cuyo texto se observa, entre otras disposiciones, las siguientes:

*“Artículo 1°. La presente Convención se aplicará a documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado contratante y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante. Los Sigüientes son considerados como documentos públicos a efectos de la presente Convención: a) documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados; b) documentos administrativos; c) Actos notariales; d) Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas...”*

*“Artículo 2°. Cada Estado Contratante eximirá de legalización los documentos a los que se aplica la presente Convención y que han de ser presentados en su territorio. A efectos de la presente Convención, la legalización significa únicamente el trámite mediante el cual los agentes diplomáticos o consulares del país en donde el documento ha de ser presentado certifican la autenticidad de la firma, a qué título ha actuado la persona que firma el documento y, cuando proceda, la indicación del sello o estampilla que llevaré”.*

En tal sentido, cuando quiera que el documento público extranjero provenga de un país en el cual esté vigente la convención referida, bastará con que la entidad competente de ese país lo apostille para que se presente válidamente en Colombia ante la entidad que lo requiere. Si el país de origen del documento público no hace parte de la mencionada convención, se deberá llevar a cabo el trámite usual de legalización diplomática o consular.

El CGP comprende disposiciones similares al C. P. C. sobre la materia, cuando define el documento público y reconoce su validez de conformidad con los instrumentos internacionales, principalmente la apostilla, o en su defecto con el trámite de legalización diplomático o consular<sup>18</sup>.

17 El tratado y la ley fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-164 de 1999.

18 *“Artículo 243.- Distintas clases de documentos... Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Asimismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública”.*

*“Artículo 251.- Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero.*

*Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.*

*Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano.*

*Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país”.*

Teniendo en consideración lo expuesto, la Sala considera que las entidades podrán incorporar como pruebas dentro del proceso administrativo que se adelante para la contratación estatal, de oficio o a petición de parte, los documentos públicos emanados de autoridades extranjeras en los cuales se hagan constar las providencias judiciales que puedan tener efectos en Colombia para configurar causales de inhabilidad en alguno de los proponentes, adjudicatarios o contratistas, según el caso.

En cuanto hace referencia a los fundamentos jurídicos que legitiman a la entidad estatal o a las personas interesadas en el proceso de contratación estatal para solicitar el documento público a las autoridades extranjeras, se puede pensar en diferentes hipótesis, las cuales comprenden los convenios internacionales mencionados, los acuerdos de asistencia bilaterales y la formulación de solicitudes ante las autoridades de los países extranjeros, en ejercicio del derecho de petición que en tales legislaciones se consagre, para obtener información o datos de las entidades respectivas.

En el ámbito del derecho penal, el artículo 17 del Código Penal debe ser interpretado sin que su alcance se restrinja al *exequatur* sino que, de acuerdo con el texto de la norma y en función de las necesidades que se experimentan en la actualidad en torno a la globalización de las iniciativas administrativas y penales para combatir la corrupción, constituye una fuente de la mayor importancia para reconocer en Colombia, a las sentencias proferidas en el extranjero, como *“cosa juzgada para todos los efectos legales”*.

Así, la Ley 906 de 2004 reconoce validez a los documentos procedentes de autoridades extranjeras y regula las solicitudes de cooperación judicial internacional, por medio de normas que podrían, en función del caso concreto, tener efecto en la contratación estatal cuando quiera que se lleve a cabo en Colombia algún tipo de indagación o investigación de índole penal relacionada con la materia contractual<sup>19</sup>.

Tal y como se apreciará en las consideraciones posteriores, las providencias expedidas por autoridades judiciales extranjeras, dentro del marco del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de conformidad con los instrumentos internacionales y las normas del derecho interno, podrán constituir documentos de relevancia para definir si en un asunto particular, se configura o no una de las causales correspondientes.

Expuesto lo anterior, corresponde a la Sala examinar el marco constitucional y legal que permite prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal.

19 *“Artículo 427. Documentos procedentes del extranjero Los documentos remitidos por autoridad extranjera, en cumplimiento de petición de autoridad penal colombiana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial recíproca, son auténticos, a menos que se demuestre lo contrario”*  
*“Artículo 485. Solicitudes de cooperación judicial a las autoridades extranjeras. Los jueces, fiscales y jefes de unidades de policía judicial podrán solicitar a autoridades extranjeras y organismos internacionales, directamente o por los conductos establecidos, cualquier tipo de elemento material probatorio o la práctica de diligencias que resulten necesarias, dentro del ámbito de sus competencias, para un caso que esté siendo investigado o juzgado en Colombia. Las autoridades concernidas podrán comunicarse directamente a fin de determinar la procedencia de las actuaciones relacionadas en la solicitud”*.



## D. Principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar la corrupción en la contratación estatal

La Sala ha sostenido de manera reiterada<sup>20</sup> que la contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios que utilizan las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política<sup>21</sup>.

En este sentido, el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual se desarrolla especialmente bajo los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), dentro del marco constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular<sup>22</sup> que ubican a la Administración contratante en un plano de preeminencia sobre el contratista.

### 1. Los principios como normas jurídicas

Los principios, al igual que las reglas, son considerados normas jurídicas toda vez que establecen un deber ser y demandan un determinado comportamiento<sup>23</sup>. De allí que sean fuente de derecho, integren el ordenamiento jurídico y su desconocimiento pueda ser sancionado<sup>24</sup>. En atención a lo anterior, la Sala sostuvo que los principios constituyen un criterio o parámetro de conducta:

*“Los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia”<sup>25</sup>.*

De igual forma, los principios cumplen importantes funciones pues sirven de base o fundamento a todo el ordenamiento jurídico, constituyen una herramienta de interpretación de

20 Cfr. Conceptos 2148, 2150 y 2156 de 2013 y 2227 de 2014, solo por citar los más recientes.

21 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

22 Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009.

23 En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-818/05. “Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

24 Consejo de Estado, ibidem.

25 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2183 de 2013.

las reglas jurídicas y ejercen una labor integradora del derecho que permite la resolución de problemas o situaciones en donde se presenta una falta o insuficiencia de reglas jurídicas<sup>26</sup>.

Desde el punto de vista de la Administración, los principios han sido reconocidos tanto a nivel constitucional como legal. Por ejemplo, la propia Carta Política señala en su artículo 209 que el ejercicio de la función administrativa se sustenta en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por su parte, el CPACA en su artículo 3° establece que las autoridades administrativas deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos tomando en consideración, además de los principios señalados en la **Constitución**, los establecidos en leyes especiales y en el CPACA. En este último, se definen los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Para los propósitos de este concepto, resultará necesario demostrar la incidencia que para la contratación estatal tienen la transparencia, buena fe y la moralidad administrativa, en su carácter de principios y valores fundantes de nuestro ordenamiento jurídico, en el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado Social de Derecho ínsitos en dicha contratación. Igualmente, dado el objeto de la consulta, se aludirá al principio de planificación y a los deberes de planeación y precaución.

## 2. Transparencia

En virtud del principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se procura garantizar que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección, en igualdad de oportunidades para quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo, extraña a cualquier factor político, económico o familiar<sup>27</sup>, libre de presiones indebidas y, en especial, de cualquier sospecha de corrupción en las personas de los funcionarios y los particulares que participan en el proceso<sup>28</sup>. La transparencia es concordante con otros principios de la contratación estatal, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad, selección objetiva y buena fe.

## 3. Buena fe

El artículo 83 de la Constitución Política (C.P.) dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas. El Código de

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, citada.

27 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.° 2148 de 2013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación n.° 24715. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088. *"Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, transparencia. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C. N.)."*

28 En desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (Ley 80/93, artículo 24, num. 8).

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), entiende que en virtud del principio de buena fe, “*las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes*” (artículo 3, numeral 4).

En el ámbito de la contratación estatal el Consejo de Estado, Sección Tercera<sup>29</sup>, manifestó que la buena fe se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,<sup>30</sup> esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad<sup>31</sup>, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido<sup>32</sup>.

La buena fe impone al oferente responsabilidades dentro del contexto de los deberes de rectitud y honestidad como son: (i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (Ley 80, artículo 26, num. 7); (ii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (ibídem), y (iii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas (Ley 80, artículo 26, num. 6), todo con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad, así como también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas.

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

Conforme a lo expuesto, nada resulta más alejado del principio de buena fe que la ocurrencia de actos de corrupción en la contratación estatal y, por lo mismo, en los procesos de selección las entidades están facultadas para solicitar a los proponentes toda la información que, dentro del ámbito de la buena fe, resulte necesaria para formarse un juicio sobre su idoneidad para asumir el compromiso que involucra el contrato propuesto y que permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos que involucra la contratación estatal.

La idoneidad, honestidad e integridad requerida por la buena fe resulta compatible con la calificación de “*contratista responsable*” a la que alude el “*Code of Federal Regulations*” (CFR) de los Estados Unidos de América, aspecto sobre el cual la Sala se detendrá más adelante en el punto correspondiente a la reflexión desde el derecho comparado.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715. También, Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001.

30 Vid. L. Díez PICAZO, *La Doctrina de los Propios Actos*, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

31 Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

32 En este sentido, normas civiles y mercantiles plenamente aplicables a la contratación estatal por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establecen que los contratos deben celebrarse de buena fe (artículo 1603 del Código Civil); y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente

Con mayor razón los requerimientos de información sobre el particular resultarán aún más vinculantes una vez perfeccionado el contrato estatal, no solo por la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, en los términos expuestos, sino por la calidad que el contratista adquiere como colaborador de la Administración (Artículo 3, Ley 80 de 1993) y por la naturaleza *“intuitu personae”* del contrato estatal (artículo 41 de la Ley 80 de 1993).

El artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, *“por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”*, reitera y amplía el señalado deber legal, al disponer que: *“El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de los recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas”* (Se subraya).

No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición conlleva un deber calificado para las entidades estatales, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precaución), consistente en una *carga de conocimiento* que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, o ser el producto de actos de corrupción, en particular.

A semejanza de lo que ocurre en el sector financiero (artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), constituye una verdadera *“política de conocimiento del cliente”* aplicada a la contratación estatal que permite a las entidades contratantes exigir a los contratistas *“pactos o compromisos de integridad”*, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción<sup>33</sup>.

En el mismo sentido, y por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, dentro de una política preventiva la entidad contratante deberá exigir *“declaraciones de origen de fondos”* en las que el proponente o contratista, bajo la gravedad del juramento, identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito.

33 R. OSPINA ROBLEDO. *“Los pactos de integridad: una herramienta para buscar limpieza en contrataciones de interés público”*. Banco Interamericano de Desarrollo. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe. <http://www.iadb.org/leg/Documents/Colombia%20Ticol%20Ospina%20Spa.pdf> Consultado el 13 de julio de 2015. El Banco Interamericano de Desarrollo, en concordancia con la ONG Transparencia Internacional, entiende que los *pactos o compromisos de integridad* son acuerdos (contratos) mediante los cuales los proponentes de una licitación se comprometen, explícitamente, entre ellos y con el respectivo gobierno, a no ofrecer ni pagar sobornos y a acatar determinadas multas en caso de faltar a su compromiso.

En el citado documento se afirma, igualmente, que los capítulos de cada país de Transparencia Internacional han venido adecuando el modelo para implementarlo según las condiciones específicas de la contratación pública del respectivo país. En tal sentido, Transparencia Colombia han perfilado la definición del Pacto de Integridad como *“acuerdos voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación de recursos públicos, para garantizar la transparencia, la equidad y la sostenibilidad de la modalidad contractual escogida”*. Por ejemplo, la Sala ha tenido conocimiento que recientemente la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República con el acompañamiento de la Embajada de Suecia en Colombia celebró *“Pacto de Transparencia y lucha contra las corrupción”* con las empresas suecas en Colombia. <http://www.secretariatransparencia.gov.co/prensa/comunicados/Documents/pacto-de-transparencia-con-suecia.pdf> Consultado el 13 de julio de 2015.

Así, en el supuesto caso en el que el proponente o contratista haya suministrado información falsa, o que no correspondiera a la realidad, con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener la adjudicación del contrato, acontecerá una de las siguientes dos situaciones, a saber: (i) si el acto de adjudicación fue expedido, pero el contrato no ha sido suscrito, el acto podrá ser revocado en tanto que se obtuvo por “medios ilegales”, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007; (ii) si el contrato ya se ha perfeccionado, dicho vínculo estará viciado de nulidad (artículo 1515 del Código Civil), sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en los términos del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80.

Ahora bien, el alcance y consecuencias previstas en el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, no solo tienen como soporte constitucional el principio de buena fe sino que, por su carácter preventivo, su aplicación a la contratación estatal también encuentra respaldo en el deber contractual de planeación y en el principio de precaución, según se expone enseguida.

#### 4. El principio constitucional de planeación y el deber contractual de planeación

En el Estado Social de Derecho, la necesidad de una política anticipadora y preventiva que evite la producción del daño o el perjuicio tiene pleno sustento en los artículos 1, 2, 334, 339, 341 y 365 C. P.<sup>34</sup>. Al decir de BENDA<sup>35</sup>, la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución, razón por la cual cobra creciente peso la cláusula del Estado social como categoría jurídica orientada al futuro dándole sentido al mandato constitucional para la planeación<sup>36</sup>, que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto<sup>37</sup>.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha resaltado la importancia creciente del deber de planeación en la contratación estatal, en los siguientes términos:

*“En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado”.*<sup>38</sup>

Como puede advertirse, el deber de planeación no solo es importante en la etapa precontractual, sino durante toda la vida del contrato, lo que incluye su modificación e incluso su

34 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2150 de 2013

35 E. BENDA, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss.

36 BENDA, óp. cit. Página 554: “El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora... Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planeación”.

37 BENDA, óp. cit., p. 557. Señala el autor alemán que la planeación se basa en prognosis, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planeación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta.

38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, exp. n.º 15001233100019880843101-8031.

terminación y liquidación. En este sentido, para la Sala es claro que el contrato estatal no puede ser una *aventura*, fruto de la improvisación y de la mediocridad<sup>39</sup>.

Así las cosas, la observancia del deber de planeación sustenta, aún más, la aplicación del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, consistente en la carga de conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de *prevenir* actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los “*compromisos de integridad*” o “*declaraciones de origen de fondos*” en los términos explicados en el acápite anterior.

La necesidad de una conducta preventiva o anticipadora por parte de las entidades estatales frente a posibles actos de corrupción se evidencia en casos como el que ocupa la atención de la Sala, si se tiene en cuenta que en la misma consulta se afirma que en los medios de comunicación han referido sucesos “*respecto de las medidas de aseguramiento dictadas por autoridades judiciales de países extranjeros, en contra de algunos directivos de personas jurídicas extranjeras, las cuales participan, por medio de sucursales o subsidiarias en Colombia, en procesos de contratación estatal*”, y con mayor razón cuando las investigaciones se relacionan con presuntos “*delitos contra la administración pública o soborno transnacional*”.

El deber contractual de planeación, materializado en una conducta preventiva frente a circunstancias concretas como las señaladas en precedencia, llevan a sostener la necesidad de aplicar el principio de precaución en la contratación estatal.

## 5. Principio de precaución

El origen del principio de precaución se encuentra en el derecho ambiental e impone a las autoridades el deber de evitar riesgos y daños en la vida, la salud y en el medio ambiente<sup>40</sup>, de conformidad con su consagración en la Constitución Política<sup>41</sup>, en los tratados internacionales<sup>42</sup> y en el desarrollo jurisprudencial<sup>43</sup>.

El principio de precaución paulatinamente ha irradiado otros ámbitos del derecho como la responsabilidad civil contractual, donde se emplea para adoptar medidas que impidan la

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2013, exp. n.º 26.637 “*Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. (...) En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado*”.

40 Sentencia C-988 de 2004 y C-703 de 2010.

41 El artículo 80 C. P. estableció que una de las funciones principales del Estado en relación con el medio ambiente es la de prevenir su afectación y deterioro. Antes que sancionar a los infractores, o de tener que asumir los costos económicos, sociales y ambientales de la restauración de un ecosistema, o que afrontar la irreparabilidad del daño causado por la acción humana, las autoridades y los particulares están *obligados a evitar* que esa afectación del medio ambiente se produzca, tal como lo señaló la Sala en el Concepto 2233 de 2014.

42 El principio aparece en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo y forma parte de la legislación colombiana a través de la Ley 99 de 1993.

43 Corte Constitucional, Sentencias C-339 de 2002; C-703 de 2010; C-222 de 2011; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, expediente 2001-90479-01(AP); Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de noviembre de 2013, expediente 2005-00662-03(AP).

realización de un riesgo eventual<sup>44</sup>. En tal sentido, el principio de precaución impone a las autoridades el *deber jurídico* de proceder, frente a una situación concreta, con las medidas efectivas que eviten la concreción del riesgo y, por ende, el perjuicio que podría afectar el interés general y la satisfacción de las necesidades públicas, como es el caso de la contratación estatal.

La precaución, como lo enuncia VINEY “es hija de la prudencia, que se impone a los actores públicos y privados cuando las decisiones entrañan riesgos potenciales...”<sup>45</sup>. Así, el principio de precaución reúne dos elementos esenciales, una constante que se refiere al hecho de que se está frente a una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y, como segundo elemento, la exigencia de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado. En este sentido, dado el interés público ínsito en la contratación estatal, la Sala estima que el principio de precaución es aplicable en la materia, con el fin de “actuar antes de que el daño sea una realidad grave e irreparable”, de acuerdo con el deber de planeación ya explicado.

Así, se hace mandatorio que los estudios previos que sustentan la contratación y la concreción de los mismos a través de los pliegos de condiciones, permitan a la entidad estatal contratante contar con toda la información disponible, y requerirla si fuere el caso, todo lo cual la debe conducir a conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de *prevenir* actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los “*compromisos de integridad*” o “*declaraciones de origen de fondos*” en los términos explicados en el acápite anterior, entre otros.

La Sala recuerda que en virtud del principio de responsabilidad las actuaciones de los servidores públicos en la contratación estatal están presididas por las “*reglas sobre administración de bienes ajenos*” de acuerdo con el artículo 24, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, lo que comprende no solo una forma de actuar, sino que obliga a tomar en cuenta otras circunstancias, como las medidas de prevención y el riesgo sospechado.

El señalado deber de actuar en un grado calificado de prudencia que se desprende del principio de precaución se relaciona con uno de los principios rectores de la función administrativa como es el de eficacia que encuentra sustento constitucional, entre otros, en los artículos 2 y 209 de la Carta<sup>46</sup>. En efecto, el principio de eficacia impone a la Administración, en aras de la materialización de los fines esenciales del Estado, una obligación de actuación.

44 Sobre la citada evolución puede verse: M. TRONCOSO. “El principio de precaución y la responsabilidad civil”. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado, No. 18, 2010, pp. 205 a 220.

45 “La diferencia entre riesgo potencial y riesgo comprobado es el fundamento de la distinción entre precaución y prevención. La precaución hace alusión a los riesgos potenciales y la prevención a aquellos que son comprobados. Tenemos la tendencia a confundir precaución y prevención. Pensamos que los riesgos potenciales son poco probables y los asimilamos inconscientemente a los riesgos comprobados que tienen tan poca probabilidad de ocurrir que son bien administrados. Esto es doblemente inexacto. Para comenzar, las probabilidades no tienen la misma naturaleza (en el caso de la precaución, se trata de una probabilidad de que la hipótesis sea exacta, en el caso de la prevención, la peligrosidad está establecida y se trata más bien de la probabilidad de su ocurrencia). Además de esto y aún más importante, los riesgos potenciales, a pesar de su carácter hipotético, pueden tener una alta probabilidad de realización. En la práctica, sin embargo, la precaución puede ser entendida como la prolongación de los métodos de prevención aplicados a los riesgos inciertos”. G. VINEY y M. KOURILSKY, *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*, 1999, en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>, 18. Consultado el 27 de julio de 2015.

46 Corte Constitucional. Sentencia del 15 noviembre de 2001, C-1194/01. “Las autoridades administrativas tienen asignadas competencias específicas para el cumplimiento de las funciones del Estado. De esta forma se busca garantizar las finalidades esenciales del Estado y el cumplimiento de los deberes sociales de las autoridades (Art. 2 C.P.). Por lo tanto, la administración no tiene la potestad de permanecer totalmente inactiva sino que, por el contrario, el deber de actividad es primigenio”

Con el principio de eficacia se busca que la Administración no asuma una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, situación que puede presentarse por múltiples factores tales como negligencia, congestión o corrupción<sup>47</sup>, de los cuales es posible identificar un incumplimiento de la función administrativa.

En atención a la plena correspondencia que existe entre el principio de precaución y el de eficacia, la Sala deriva las siguientes consecuencias en el campo de la contratación estatal: *(i)* impone a la Administración la obligación de adelantar y brindar soluciones ciertas, oportunas, eficaces y proporcionales a los problemas que surgen en la contratación, entre otros, el de la corrupción; *(ii)* impide que la Administración asuma una posición inactiva o estática frente a las necesidades públicas que buscan satisfacerse con la contratación estatal, lo que en otras palabras significa que existe para esta una obligación de actuar de forma oficiosa, real y efectiva para prevenir los actos de corrupción, y *(iii)* constituye un fin que guía el ejercicio de la función contractual pública.

Conforme a lo anterior, por expreso mandato de la Constitución Política (artículos 2, 80 y 209), el artículo 3° del CPACA que rige las actuaciones administrativas en general y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que ordena que las actuaciones contractuales estatales se desarrollen, no solo bajo los principios constitucionales de la función administrativa, sino conforme a los “*principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo*”, debe concluirse que el principio de precaución constituye una verdadera norma jurídica que impone un deber concreto a los servidores públicos, bajo cuya dirección se adelantan las actuaciones contractuales, de impedir la realización de ciertos riesgos y de actuar bajo un grado calificado de prudencia, con el fin de prevenir actos de corrupción en el contrato estatal.

## 6. Moralidad administrativa

La moralidad administrativa se define como un derecho colectivo (artículo 88 CP) y como un principio del ordenamiento jurídico y de la contratación estatal. El Consejo de Estado, Sección Tercera, ha determinado la relación existente entre la moralidad administrativa y los actos de corrupción, así:

*“La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es per se complejo, dado que la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio”*<sup>48</sup> (La negrilla es de la Sala).

<sup>47</sup> “La inactividad de la administración puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública, en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado (...)

También puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseosos de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que esta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado.

Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones que no es del caso recordar”. *Ibidem*.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004 Radicación número: 20001-23-31-000-2003-1408-01(AP).



El Decreto 019 de 2012, dispone en su artículo 3, bajo el título de “moralidad”, que: “La actuación administrativa debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común. En tal virtud, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”.

Por consiguiente, si en la actividad contractual de las entidades estatales se presentan actos de corrupción que amenacen o vulneren la moralidad administrativa, la Constitución Política prevé la posibilidad de acudir a la vía judicial e interponer acciones populares en defensa de ese derecho colectivo<sup>49</sup>, según se prevé en el artículo 88 C. P., desarrollado por la Ley 472 de 1998, en concordancia con el artículo 144 del CPACA.<sup>50</sup>

Lo anterior significa que las autoridades judiciales conocerán de las demandas interpuestas en ejercicio de la acción popular, cuando “la conducta vulnerante sea un acto administrativo o contrato” caso en el cual, si bien el objeto de la referida acción no es la anulación de contratos o actos administrativos, es posible que el juez adopte las medidas necesarias para que cese la vulneración de los intereses colectivos, tal y como sería la suspensión de un procedimiento o actuación de carácter contractual o de los efectos de un contrato (artículos 229 y 230 del CPACA).

Además, sin perjuicio de la protección que otorga la acción popular, la transgresión de la moralidad administrativa constituirá objeto ilícito por contravenir el derecho público de la Nación (artículo 1519 del Código Civil (CC)) lo que genera la nulidad absoluta del contrato (artículo 1741 CC); recuérdese también que el artículo 899 del Código de Comercio dispone que es “nulo el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa” y que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece que “los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...”. En tal caso, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA<sup>51</sup>, se podrá solicitar la nulidad absoluta del contrato ante el juez administrativo, quien también podrá declararla de oficio.

49 Un resumen de la línea jurisprudencial sobre el particular puede encontrarse en la Sentencia C - 644 de 2011. La jurisprudencia constitucional ha definido las acciones populares como el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).

50 “Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.//Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

51 “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Asimismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”. (Resalta la Sala).

## **7. Aplicación práctica de los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal**

Con el fin de prevenir y sancionar los actos de corrupción en las diferentes etapas de la actuación contractual, y sin perjuicio de la utilización de la vía judicial cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de moralidad administrativa, la Sala recomienda que las entidades estatales materialicen los principios analizados en este concepto adoptando, entre otras, las siguientes medidas:

### **7.1 En los estudios previos que sustentan la contratación, es inexcusable que las entidades estatales en los citados estudios no manifiesten explícitamente:**

a. El deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;

b. La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la *carga de conocimiento*, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y

c. La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación. La Sala profundizará sobre este aspecto en el capítulo siguiente.

### **7.2. En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta:**

a. Se podrá exigir a los proponentes que suscriban “*pactos o compromisos de integridad*”, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;

b. Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, “*declaración de origen de fondos*” en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2007;

c. Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de

accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;

d. Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados.

e. El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la información adicional que a su juicio resulte necesaria para cumplir con su deber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal.

Como lo dijo la Sala en el Concepto 1992 de 2010, los requisitos mencionados en precedencia no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo. Esto quiere decir que antes de la adjudicación debe estar verificado el cumplimiento de todas las condiciones del proponente y de la oferta, tanto las generales como las particulares del respectivo proceso de selección, de donde indudablemente se sigue que no será posible adjudicar el contrato al proponente que no haya cumplido con tales condiciones.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por “medios ilegales”, y que dentro de ese ámbito, los “actos de corrupción” se enmarcan dentro de la noción de “medios ilegales”.

Asimismo, se sugiere anunciar en los pliegos de condiciones que en el evento de adjudicarse la licitación, en el contrato se incluirán condiciones resolutorias expresas tendientes a prevenir actos de corrupción y multas en caso de incumplimiento, en los términos que enseña se explicarán.

Por último, los pliegos de condiciones, en concordancia con los estudios previos, señalarán expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero. Por tanto, será obligación del proponente o contratista ofrecer garantías suficientes, a juicio de la entidad estatal, en caso de que las condiciones del riesgo de corrupción o riesgo financiero se hayan modificado entre el inicio del proceso de selección y la adjudicación o entre esta y la suscripción del contrato o durante la ejecución del mismo. Igualmente, el riesgo financiero será asignado en su totalidad al contratista.

### **7.3. En las cláusulas contractuales**

a. La entidad incorporará en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; su pertenencia o no a un grupo empresa-

rial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas.

b. También se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero.

En todo caso, se establecerá que con base en las facultades de dirección y control del contrato, la entidad estatal podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

c. Con el fin de proteger los intereses de la Administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal.

d. En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional, entre otros, se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.

Como puede advertirse, en la contratación estatal el riesgo de corrupción se ha contemplado como previsible, motivo por el cual la Sala estima que debe profundizar en dicha noción, con el objeto de sustentar las recomendaciones que sobre el particular ha realizado en precedencia.

## **E. Los riesgos previsible en la contratación: el de corrupción, uno de ellos. La mitigación del riesgo a través de las garantías contractuales**

Dentro del contexto explicado ampliamente en este concepto, y concretamente dentro del deber de planeación y el principio de precaución, cabe preguntarse: *¿La satisfacción de los intereses generales ínsitos en la contratación estatal puede ponerse en riesgo por actos de corrupción a los que se encuentren vinculados los proponentes o contratistas?*

La respuesta indudablemente es afirmativa, motivo por el cual la Sala expone los siguientes criterios en relación con el riesgo de corrupción, su gestión y mitigación en la contratación estatal.

### **1. Los riesgos previsible en los contratos estatales**

El desarrollo de un contrato puede ser afectado por circunstancias que alteran las condiciones en que se desarrolla. El Decreto 1082 de 2015 *“Por medio del cual se expide el decreto*

único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, define el riesgo, como el “Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato” (artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones).

Por su parte, el Documento Conpes 3714 de 2011, titulado “Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”, señala que la idea general de riesgo corresponde a “una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento”. Y entiende el riesgo contractual como “todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo”.

De los diferentes riesgos contractuales que pueden presentarse, la Ley 1150 de 2007 regula los “previsibles” de la siguiente manera:

*“Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.*

Si bien la ley no define “riesgos previsibles”, el Documento Conpes 3714 los entiende como “todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”.

De lo expuesto en precedencia puede extraerse que las entidades estatales contratantes tienen el deber de realizar un adecuado ejercicio de planeación que conduzca a la tipificación, estimación (cuantitativa y cualitativa) y asignación del riesgo previsible que pueda alterar el equilibrio económico del contrato.

El factor fundamental para la tipificación, estimación y asignación del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con la información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo, tal y como lo señala el Documento Conpes 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”.

Así las cosas, dentro de la estructura de los procesos de selección, el riesgo al que se enfrenta el “proceso de contratación” debe ser tenido en cuenta para efectos de establecer los requisitos habilitantes (artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015) y, adicionalmente, “los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes” deben estar contenidos en el pliego de condiciones (artículo 2.2.1.1.2.1.3., ibídem). A ello debe agregarse que en la licitación pública una de sus etapas obligatorias es la

“*Audiencia de asignación de riesgos*”, de conformidad con el (artículo 2.2.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015), en la cual la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva<sup>52</sup>.

En cuanto a los riesgos previsible que identifican los documentos Conpes citados se encuentran los: (i) económicos; (ii) sociales o políticos; (iii) operacionales; (iv) financieros; (v) regulatorios; (vi) de la naturaleza; (vii) ambientales, y (viii) tecnológicos.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, dispone lo siguiente:

*“Artículo 73. Plan anticorrupción y de atención al ciudadano. Cada entidad del orden nacional, departamental y municipal deberá elaborar anualmente una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano. Dicha estrategia contemplará, entre otras cosas, el mapa de riesgos de corrupción en la respectiva entidad, las medidas concretas para mitigar esos riesgos, las estrategias antitrámites y los mecanismos para mejorar la atención al ciudadano”.* (Se resalta).

Dado el alcance de la consulta, la Sala analizará los riesgos de corrupción y financiero.

## 2. El riesgo de corrupción

El Decreto 2641 de 2012 mediante el cual se reglamentaron los artículos 73 y 76 de la Ley 1474 de 2011, ordenó acoger el documento “*Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano*”<sup>53</sup> como parte integrante de ese decreto. Dentro del componente denominado “*Metodología para la identificación de riesgos de corrupción y acciones para su manejo*”, define el “*riesgo de corrupción*”, como “*la posibilidad de que por acción u omisión, mediante el uso indebido del poder, de los recursos o de la información, se lesionen los intereses de una entidad y en consecuencia del Estado, para la obtención de un beneficio particular*”.

A partir de la noción transcrita el documento señala, a título ilustrativo, los procesos y procedimientos susceptibles de actos de corrupción, a partir de los cuales cada entidad podrá identificar los riesgos de corrupción. Respecto de la contratación estatal, el documento describe los siguientes:

“De contratación (Como proceso o los procedimientos ligados a este):

- Estudios previos o de factibilidad superficiales.

52 En concordancia con lo dispuesto en el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012, a saber: “Artículo 220. Audiencias. El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, quedará así: 4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso\* hasta por seis (6) días hábiles. Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el Secop para conocimiento público”.

53 [www.anticorruptcion.gov.co/Documents/Publicaciones/Estrategias%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20Plan%20Anticorrupci%C3%B3n%20y%20de%20Atenci%C3%B3n%20al%20Ciudadano.pdf](http://www.anticorruptcion.gov.co/Documents/Publicaciones/Estrategias%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20Plan%20Anticorrupci%C3%B3n%20y%20de%20Atenci%C3%B3n%20al%20Ciudadano.pdf) Consultado el 13 de julio de 2015.

- Estudios previos o de factibilidad manipulados por personal interesado en el futuro proceso de contratación. (Estableciendo necesidades inexistentes o aspectos que benefician a una firma en particular).

- Pliegos de condiciones hechos a la medida de una firma en particular.

- Disposiciones establecidas en los pliegos de condiciones que permiten a los participantes direccionar los procesos hacia un grupo en particular, como la media geométrica.

- Restricción de la participación a través de visitas obligatorias innecesarias, establecidas en el pliego de condiciones.

- Adendas que cambian condiciones generales del proceso para favorecer a grupos determinados.

- Urgencia manifiesta inexistente.

- Designar supervisores que no cuentan con conocimientos suficientes para desempeñar la función.

- Concentrar las labores de supervisión de múltiples contratos en poco personal.

- Contratar con compañías de papel, las cuales son especialmente creadas para financiero”.

Expuesto lo anterior, es claro que el documento “*Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano*” resulta concordante con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido que el análisis de la situación fáctica de un proceso de contratación debe conducir a la tipificación, estimación (cuantitativa y cualitativa) y asignación del riesgo de corrupción. Expresamente el documento ordena elaborar un mapa de riesgos, la valoración de los mismos y una política de administración y seguimiento del riesgo de corrupción. Dentro de la citada política, se sostiene:

*“(...) Las acciones que debe tener en cuenta la alta dirección para su administración son: Evitar el riesgo: Tomar las medidas encaminadas a prevenir su materialización. Es siempre la primera alternativa a considerar, se logra cuando al interior de los procesos se generan cambios sustanciales por mejoramiento, rediseño o eliminación, resultado de unos adecuados controles y acciones emprendidas. Reducir el riesgo: Implica tomar medidas encaminadas a disminuir la probabilidad (medidas de prevención). La reducción del riesgo es probablemente el método más sencillo y económico para superar las debilidades antes de aplicar medidas más costosas y difíciles”.*

De esta manera es claro que de tiempo atrás se ha contemplado en la contratación estatal el riesgo de corrupción como previsible y, por lo mismo, las entidades contratantes deben gestionarlo en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, con mayor razón cuando dicho riesgo impacta también el riesgo financiero según ya se ha planteado, aspecto que se profundiza a continuación.

### 3. Riesgo financiero

Dado el contexto de la consulta, y el ámbito funcional del sector transporte a cuya cabeza se encuentra el Ministerio de ese mismo nombre, responsable de las obras de infraestructura, bien sea mediante contratos de concesión, obra pública o asociaciones público – privadas (APP), se estima que sería el riesgo financiero el que se impactaría, en una mayor medida, por los posibles actos de corrupción de personas jurídicas vinculadas con proponentes o contratistas.

En efecto, el Documento Conpes 3107 de 2001, señala que dicho riesgo tiene dos componentes: (i) el riesgo de consecución de financiación; (ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. Los riesgos asociados con la financiación, independientemente del perfil de servicio de la deuda, están determinados también por el riesgo cambiario, el riesgo de tasa de interés y en algunos casos, dependiendo de la estructura, por el riesgo de refinanciación cuando se tomen créditos puentes que posteriormente deban ser sustituidos por emisiones en el mercado de capitales o nuevos empréstitos con el sector financiero.

Posteriormente, el Documento Conpes 3714 de 2011 retoma los criterios del Documento Conpes 3107 y sostiene:

*“4. Riesgos Financieros: Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones entre otros”.*

Lo anterior presupone que para la ejecución de un contrato estatal el contratista deba procurar los recursos para cumplir con el objeto contractual, los cuales deben ser financiados, por regla general, por el mercado de capitales o por el sector financiero. En consecuencia el riesgo financiero, por su naturaleza, debe ser asignado en su totalidad al inversionista privado o contratista<sup>54</sup>.

Si un contratista se encuentra vinculado o relacionado con una persona jurídica investigada por actos de corrupción, en los términos expuestos en este concepto, se generará respecto de ese contratista la posibilidad de que respecto de él se materialice, entre otros, un

<sup>54</sup> “El principio general es que el riesgo debe asumirlo la parte que pueda enfrentarlo en mejor forma, bien sea por su experiencia, conocimiento o papel dentro de la ecuación contractual, entre otras”. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. [www.colombiacompra.gov.co//manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co//manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf). Consultado el 8 de julio de 2015.



riesgo reputacional<sup>55</sup>, legal<sup>56</sup> o de contagio<sup>57</sup> que impida o dificulte ostensiblemente el financiamiento requerido para cumplir con el objeto contractual.

Ante la existencia de los mencionados riesgos, la entidad estatal contratante se encuentra en el deber, en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, de gestionarlos y mitigarlos, para lo cual puede acudir al régimen de garantías del contrato estatal.

#### 4. Las garantías contractuales y la mitigación del riesgo

En materia de garantías en la contratación estatal, la regla general se encuentra en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007:

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

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

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

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

*Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento (...).” (Resalta la Sala)*

55 “1.6.1. Riesgo reputacional: Es la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa, cierta o no, respecto de la institución y sus prácticas de negocios, que cause pérdida de clientes, disminución de ingresos o procesos judiciales”. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica, Parte I. Instrucciones generales aplicables a las entidades vigiladas. Título IV Deberes y responsabilidades. Capítulo IV: instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo.

56 “1.6.2. Riesgo legal: Es la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales. Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones”. (Óp. cit.).

57 “1.6.4. Riesgo de contagio: Es la posibilidad de pérdida que una entidad puede sufrir, directa o indirectamente, por una acción o experiencia de un vinculado. El vinculado es el relacionado o asociado e incluye personas naturales o jurídicas que tienen posibilidad de ejercer influencia sobre la entidad”. (Óp. cit.).

Considerando lo expuesto en precedencia sobre el riesgo de corrupción y el riesgo financiero, los cuales deben ser asignados al contratista, la entidad estatal puede “transferir el riesgo”, lo cual se materializaría “a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien es el responsable”<sup>58</sup>.

Luego de una evaluación costo–beneficio y considerando que el riesgo financiero debe ser asignado al contratista, la entidad estatal puede “transferir el riesgo”, lo cual se materializaría “a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien es el responsable”<sup>59</sup>.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015 establece en la Sección 3 Garantías, Subsección 1. Generalidades, lo siguiente:

*“Artículo 2.2.1.2.3.1.1. Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título. (Decreto 1510 de 2013, artículo 110)”*

Según el Decreto 1082, en la contratación estatal las garantías pueden ser:

*“Artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son: 1. Contrato de seguro contenido en una póliza. 2. Patrimonio autónomo. 3. Garantía Bancaria. (Decreto 1510 de 2013, artículo 111)”*

La Sala estima que el estado del riesgo no se debe alterar en todas las etapas de la actividad contractual, por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

*“Artículo 27. En los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.*

En tal virtud, si las condiciones del riesgo financiero han cambiado entre el inicio del proceso contractual y la adjudicación, o entre esta y el perfeccionamiento del contrato o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.

58 Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. [www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf). Consultado el 8 de julio de 2015.

Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 establece en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. “Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (Decreto 1510 de 2013, artículo 17)”

59 Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. [www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf). Consultado el 8 de julio de 2015.

Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 establece en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. “Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (Decreto 1510 de 2013, artículo 17)”

## F. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

El marco constitucional y legal colombiano, así como los principios y prácticas internacionales en materia de prevención de la corrupción, encuentran concreción por medio de diferentes reglas en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de las cuales claramente tienen espacio las inhabilidades e incompatibilidades para la contratación estatal.

### 1. Libertad de contratación y restricciones

Las personas que se relacionan en el marco de la sociedad, bien sea que se encuentre organizada bajo el modelo del Estado Liberal o del Estado Social de Derecho, protagonizan el encuentro de fuerzas políticas, económicas y sociales de naturaleza pública y privada, respecto de las cuales las normas jurídicas procuran conciliar sus intereses.

La intervención del Estado en las actividades de los particulares y de las propias entidades estatales, para restringirlas a un ámbito donde se establezca y preserve el bienestar social, sin vulnerar la libertad y la iniciativa particular, constituye un fundamento esencial de nuestro sistema político y jurídico<sup>60</sup>.

Desde el punto de vista de la teoría general y, por supuesto, de la práctica, la libertad constituye uno de los fundamentos más importantes del Estado, la cual encuentra concreción en materia contractual en la facultad que tienen las personas naturales y jurídicas para contraer obligaciones y hacerse titulares de derechos, es decir, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad<sup>61</sup>.

En materia de contratación estatal, la libertad que tienen los particulares de participar en los procesos de selección, o de celebrar contratos con el Estado, concurre con el principio general de que las personas, tanto naturales como jurídicas, son hábiles y capaces para establecer vínculos jurídicos, tal y como lo dispone el Código Civil, *“toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”* (artículo 1503), y, en cuanto más interesa al asunto, la Ley 80 de 1993 *“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”* (artículo 6°).

No obstante, el Estado interviene para proteger el interés general, y define que ciertas personas no pueden participar en procesos de contratación, ni celebrar contratos con entidades estatales, para lo cual establecen disposiciones de rango constitucional y legal, que conforman el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>62</sup> ha precisado que el régimen de inhabilidades pretende que la función pública sea adelantada por *“sujetos idóneos mediante la exigen-*

60 Las herramientas constitucionales que legitiman esa intervención corresponden, principalmente, a la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1); la supremacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (artículo 4); el derecho a la igualdad (artículo 13); la buena fe (artículo 83); el deber de respetar el derecho ajeno y de no abusar del propio, la solidaridad social (artículo 95) y la moralidad administrativa (artículo 88).

61 Las fuentes constitucionales de la libertad contractual y de la autonomía de los sujetos, se encuentran en los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la libre asociación (artículo 38), a la propiedad privada (artículo 58) y a la libre iniciativa particular (artículo 333).

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

*cia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella”, así como también persigue el cometido de “prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público”. En el campo contractual, propiamente dicho, “se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores”.*

## 2. Inhabilidades e incompatibilidades

La noción de inhabilidades e incompatibilidades ha sido objeto de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que constituyen “*impedimentos o tachas*”, los cuales, en el ámbito contractual corresponden a “*circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales*”<sup>63</sup>.

Aun cuando es cierto que “*ambos conceptos convergen en su tratamiento legal, puesto que definen circunstancias que generan una limitación o prohibición de orden legal para el acceso a la contratación estatal*”<sup>64</sup>, tradicionalmente, tanto por parte de esta Sala, como de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, se ha precisado que existen diferencias entre uno y otro concepto, así:

*“Las inhabilidades consisten esencialmente en impedimentos para acceder a un cargo público, hacer un trámite o contratar con una entidad estatal y se le aplican a una persona que en el momento en que se configuran, no es servidor público. Las incompatibilidades consisten en prohibiciones de efectuar determinada actuación o contratación, por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público. Las inhabilidades se dirigen al futuro, en el sentido de que afectan a alguien que aspira a determinado cargo público o que proyecta realizar una contratación con una entidad estatal, mientras que las incompatibilidades se dan en el presente, en la medida en que expresan una oposición entre el ejercicio del cargo del servidor público incurrido en ella y la realización de determinada función o contratación*”<sup>65</sup>.

*“Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que **no puede** poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona... En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica... La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones*”<sup>66</sup>.

Desde el punto de vista de su consagración legal, se observa que la normatividad estatal adolece de la falta de una definición sobre el particular, no obstante, en la exposición de

63 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de octubre de 1996, exp. n.º 925

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

65 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114.

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989. En el mismo sentido, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

motivos de la Ley 80 de 1993, las inhabilidades “se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado”, mientras que las incompatibilidades, atañen a la imposibilidad respecto de “la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés”<sup>67</sup>.

Los principios sobre los cuales se fundamentan las inhabilidades e incompatibilidades resultan coincidentes a los postulados que orientan la función administrativa en procura de la satisfacción del interés general, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política (artículo 209). Así, tanto la jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, como los pronunciamientos de la Corte Constitucional, han encontrado que tales principios corresponden a la transparencia<sup>68</sup>, economía, igualdad<sup>69</sup>, responsabilidad<sup>70</sup>, objetividad, imparcialidad<sup>71</sup> y moralidad<sup>72</sup>.

En torno al principio de la moralidad, ha sido enfática la jurisprudencia para señalar que “en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho, constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades”<sup>73</sup>. Una de las formas a través de las cuales se concreta este principio está referida a la política pública de prevención y erradicación de los actos de corrupción, así como también a la proscripción de ventajas y privilegios indebidos.

En tal sentido, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de algunas normas de la Ley 1474 de 2011, las medidas legislativas que se toman respecto de la materia, y que procuran satisfacer el interés general, están llamadas a prevalecer sobre la limitación de los derechos de los individuos inhabilitados, en tanto que “consultan un principio de razón suficiente y supera el test de proporcionalidad, si se tiene en cuenta que la restricción a los derechos resulta menor que el beneficio constitucional que pretende la

67 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=7148>, consultado 22 de julio de 2015. Corte Constitucional, sentencia C-564/97: “Con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos”

68 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114: “Las inhabilidades y las incompatibilidades se deben a la voluntad del constituyente y el legislador de aplicar efectivamente el principio de igualdad de oportunidades, evitar el tráfico de influencias y el conflicto de intereses, pero por sobre todo, garantizar que haya transparencia y claridad en el manejo de la gestión pública y principalmente en la contratación administrativa”.

69 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996. En relación con el principio de igualdad, la jurisprudencia indica que “se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 del Estatuto Fundamental”.

70 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14652: “la selección del contratista está sometido a los principios de transparencia, el cual impone una gestión contractual pública, eficiente y honesta; economía, que determina el desarrollo de un procedimiento contractual austero en trámites y gastos; de igualdad que garantice el libre acceso a los procedimientos precontractuales otorgando idénticas oportunidades y el de responsabilidad, que se funda en la protección de los bienes del Estado”.

71 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989.

72 Corte Constitucional, sentencia C-211 de 1996. Sentencia C-179 de 2005; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395. En el marco de las acciones populares conocidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, también se ha reconocido a la moralidad administrativa como la fuente constitucional de las inhabilidades e incompatibilidades: Sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. n.º 2005-00549-01(AP)

73 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

*medida y que se enmarca en la dirección de los principios esenciales de la función pública señalados en el artículo 209 superior*<sup>74</sup>.

La doctrina, por su parte, ha indicado que más allá de los principios referidos con anterioridad para la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades, *“aparece otra finalidad del régimen, esto es, una preocupación por la eficacia de la gestión pública que impone separar a los candidatos que por su comportamiento previo o por su situación no garantizan el buen funcionamiento de la gestión contractual*<sup>75</sup>.

En ese orden de ideas, las inhabilidades e incompatibilidades comprenden *“restricciones a la autonomía o libertad de contratación, concretamente al poder de disposición, legitimación para actuar u obrar”*. Las personas que en virtud de este régimen se ven impedidos para contratar, encuentran afectada su capacidad, puesto que continúan siendo capaces, solo que, en atención a *“su situación, posición, condición o relación o por la necesidad de preservar intereses superiores, no pueden disponer de los suyos mediante la celebración de negocios jurídicos y contratos o carecen de la habilidad para su recepción y soportar sus efectos, los cuales, en condiciones normales podrían celebrar*<sup>76</sup>.

La Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó en una ocasión anterior que *“La inhabilidad es la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, lo que constituye una incapacidad particular, según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1504 del Código Civil*<sup>77</sup>, no obstante, ahora hace énfasis en que la perspectiva que se debe privilegiar, bajo la preponderancia del interés general sobre el particular, no ha de tener como centro de justificación conceptual al sujeto que la soporta, sino a la condición imperativa de las normas constitucionales y legales que consagran las inhabilidades para proteger al conglomerado social, mediante la limitación o restricción de la libertad contractual de algunos sujetos de derecho, en algunas circunstancias específicas.

En tal sentido, la Sala reivindica en este concepto un desplazamiento del núcleo de la materia, del protagonismo del sujeto al del Estado, y lo explicita al dar mayor peso a la noción de restricción de la autonomía con base en normas de orden público, que a la de incapacidad particular.

### **3. Fuente constitucional y legal de las causales de inhabilidad e incompatibilidad**

En nuestro ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales contienen las diferentes hipótesis de inhabilidades e incompatibilidades para contratar. La Constitución Política, en el artículo 122, inciso final, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, artículo 1° y por el Acto Legislativo 1 de 2009, artículo 4, prescribe que no podrán celebrar contratos con el Estado personalmente, o por interpuesta persona, *“quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes*

74 Corte Constitucional, C-257 de 2013.

75 J. BENAVIDES, *El Contrato Estatal*, 2° ed., Externado, 2004, p. 280–281.

76 W. NAMÉN, “Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades”, en *Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 495.

77 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346.

hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior<sup>78</sup>.

De manera específica, en torno a los congresistas se establece que no podrán “*Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno*”, ni “*Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones*” (artículo 180, incisos 2 y 4).

En el ámbito legal, la norma que agrupa de manera sistemática los diferentes supuestos de hecho constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades es el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, el cual ha sido objeto de diferentes modificaciones a lo largo de su vigencia, así como de pronunciamientos relacionados con la constitucionalidad de sus disposiciones. En la actualidad el referido régimen se integra de la siguiente forma:

*“Artículo 8°. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar:*

*1°. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos<sup>79</sup> y para celebrar contratos con las entidades estatales:*

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos<sup>80</sup> o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas<sup>81</sup> y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución<sup>82</sup>.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.

78 La norma indica en el inciso siguiente: “*Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño*”.

79 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

80 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

81 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 1996.

82 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de 1996.

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes<sup>83</sup> y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso<sup>8485</sup>.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso<sup>8687</sup>.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e) i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad (o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior<sup>88</sup>), o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en la que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años<sup>89</sup>.

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera

83 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009.

84 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

85 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

86 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

87 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

88 Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-630 de 2012.

89 Adicionado por la Ley 1150 de 2007, artículo 18. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 1.



de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías. La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales<sup>90</sup>.

l) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente<sup>91 92</sup>.

2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos<sup>93</sup> ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante<sup>94</sup>.

c) El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal<sup>95</sup>.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo<sup>96</sup>.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad solo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

---

90 Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 2.

91 Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 84, párrafo 2.

92 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434 de 2013.

93 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

94 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-429 de 1997.

95 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009.

96 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009.

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público<sup>97</sup>.

*Parágrafo 1°. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.*

*En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio<sup>98</sup>.*

*Parágrafo 2°. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.*

Con base en la norma transcrita, la Sala encuentra indispensable puntualizar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Puede tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de la pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc.

La Sala observa, en primer lugar, que el listado incorpora bajo un mismo texto, hipótesis susceptibles de ser tipificadas como inhabilidades o como incompatibilidades, puesto que no se da a la tarea de diferenciar entre unas y otras, no obstante que, tal y como se ha explicado hasta el momento, las inhabilidades y las incompatibilidades tienen nociones y naturaleza diferentes. Al respecto, la jurisprudencia indica que la agrupación bajo una sola norma de tales supuestos de hecho radica en que la finalidad del régimen y sus consecuencias jurídicas son idénticas y, en tal sentido, el legislador no encontró razón para darles un trato diferencial<sup>99</sup>.

En segundo lugar, es claro que la inhabilidad no constituye una sanción, puesto que “se produce como consecuencia de la ocurrencia del hecho, o de hallarse en la circunstancia que describa el ordenamiento jurídico, y respecto del sujeto o sujetos que indique la norma que determina la inhabilidad”<sup>100</sup>. En términos de la Corte Constitucional:

*“Las inhabilidades del régimen jurídico pueden tener fuente diversa y pretender objetivos distintos. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido que las inhabilidades presentan dos ti-*

97 Adicionado por el artículo 4° de la Ley 1474 de 2011.

98 Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007.

99 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646”.

100 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346. Por su parte la Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715 indica que: “Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc., sin que pueda preconizarse que atienden a una exclusiva naturaleza sancionatoria”.

*pologías que dependen de su procedencia jurídica y de la finalidad que persiguen. Un primer grupo tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad– que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad. La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que le impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades”<sup>101</sup>.*

En tercer lugar, el listado no agota las circunstancias constitutivas de inhabilidad e incompatibilidad en materia contractual, puesto que el literal a) del numeral 1 del artículo 8° precisa que las leyes podrán fijar causales para el efecto, más allá de las expuestas en la norma transcrita.

En este punto es importante relevar acerca de la ley, como fuente del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que la perspectiva constitucional ha reconocido que *“el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades”*<sup>102</sup>. Es decir, la Constitución Política reserva a favor de la ley la posibilidad de configurar normativamente la materia, razón por la cual se encuentra proscrito a las autoridades administrativas aumentar tales supuestos de hecho, so pena de nulidad de los actos correspondientes<sup>103</sup>. En tal sentido, la Sección Tercera ha precisado que el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de las inhabilidades e incompatibilidades no permite *“su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocia”*<sup>104</sup>.

En torno a las disposiciones legales, se observa que la propia Ley 80 de 1993 añade supuestos a los comprendidos en su artículo 8, cuando en los numerales 3 y 6 del artículo 58 inhabilita a los servidores públicos, contratistas, interventores, consultores y asesores *“como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política”*<sup>105</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano, entre otras normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades, se encuentran las siguientes:

- La Ley 142 de 1994 regula los *“conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades” en materia “del funcionamiento de las empresas de servicios públicos”* (artículo 44);
- La Ley 472 de 1998, dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo, podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 32);

101 Corte Constitucional, sentencia C-652 de 2003.

102 Corte Constitucional, sentencia C-257 de 2013.

103 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, exp. n.º 19.933.

104 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

105 J. SANTOFIMIO, Tratado de Derecho Administrativo. T. IV. Contratación indebida, Externado, 2004, p. 408 “El artículo 58.6 de la Ley 80 de 1993 contiene, en nuestra opinión, una muy interesante inhabilidad de carácter contractual, que se inspira en razones jurídicas estrictamente preventivas. Esto es, comparte naturaleza de medida preventiva. Podemos sostener que nos encontramos ante una inhabilidad cautelar, tendiente a evitar que aquellas personas jurídicas a cuyo representante legal le hubiere sido dictada medida de aseguramiento, en razón de situaciones surgidas de una actuación contractual estatal, puedan presentar propuestas, es decir, participar en cualquier proceso de selección de contratistas o celebrar contratos durante el término de duración de la medida de aseguramiento”.

- La Ley 489 de 1998 ordena que las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación se aplican a los representantes legales y a los miembros de juntas directivas u órganos de decisión, de las personas jurídicas privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas (artículo 113);
- La Ley 617 de 2000 contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 45), miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45);
- La Ley 689 de 2001 comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos (artículo 11);
- La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40);
- La Ley 828 de 2003 establece que las personas que no paguen las multas relacionadas con las sanciones por elusión o evasión de los pagos parafiscales, estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, mientras persista la deuda (artículo 5);
- La Ley 1148 de 2007 expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales (artículo 49);
- La Ley 1150 de 2007 indica que la cancelación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) da lugar a que el proponente correspondiente quede inhabilitado para contratar con el Estado (artículo 6°, numeral 6.3);
- La Ley 1474 de 2011 agregó al ordenamiento jurídico un supuesto de hecho de inhabilidad frente al incumplimiento reiterado (artículo 90) y otro respecto de la celebración de los contratos de interventoría (artículo 5); modificó y adicionó algunas de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 (numeral 1, literales j y k; numeral 2, literal f) y modificó una de las prohibiciones a los servidores públicos comprendidas en la Ley 734 de 2002 (artículo 35, numeral 22);
- La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6°, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), prescribe que está inhabilitada por cinco años la persona cuya inscripción en el Registro Único de Proponentes sea cancelada como consecuencia de graves inconsistencias y que en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

En ese orden de ideas, la Sala reitera que las fuentes jurídicas en virtud de las cuales se restringe la libertad de contratación en materia estatal son: (i) la Constitución Política, (ii) la Ley 80 de 1993 y (iii) un número plural de leyes que disponen lo propio en los diferentes sectores de la contratación del Estado, en el régimen disciplinario de los servidores públicos, en las medidas que prescriben respecto de los actos de corrupción y en otros campos del espectro normativo nacional. En todas las normas se evidencia la protección del interés general y de la moralidad administrativa como bases para la restricción a la libertad de contratar, aspectos

que generan, en relación con el entendimiento y aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tensiones acerca de su debida interpretación.

#### 4. Interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Proscripción de la analogía en la materia

La jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, así como las providencias de la Corte Constitucional, de forma consistente, reiterada y pacífica han determinado que la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de naturaleza restrictiva, en tanto que no es posible añadir a través de la analogía hipótesis adicionales a las comprendidas en la Constitución Política y en la ley. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha definido que cuando alguna norma legal disponga un supuesto de hecho como constitutivo de inhabilidad, habrá de interpretarse de manera restrictiva:

*“Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6º de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”*<sup>106</sup>

*“Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos en relación con la contratación estatal, están previstas en la ley 80 de 1.993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, en forma taxativa y son de aplicación restrictiva. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador, o que se deriven de la aplicación analógica o extensiva de dichas conductas”*<sup>107</sup>

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que *“el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado...”*<sup>108</sup>

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado, coherente con lo anterior, que las causales de inhabilidad e incompatibilidad *“tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva”*<sup>109</sup> y, por ende, que las entidades estatales deben ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no le está dado *“crear nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a reemplazar al legislador”*; cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo *“por contravenir el orden jurídico”*<sup>110</sup>.

106 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, exp. n.º 925, Concepto del 30 de octubre de 1996.

107 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2004, exp. n.º 1578.

108 Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994.

109 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

110 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395.

Adicional a lo anterior, desde la perspectiva de la moralidad administrativa y de la ética pública como fundamentos que dieron lugar al establecimiento del régimen, se afirma por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil que *“aun cuando las inhabilidades e incompatibilidades tienen un afán moralizador no constituyen normas morales, en el sentido de que su existencia depende únicamente de la ley y no de la convicción moral de una persona o de un grupo social”*<sup>111</sup>, de manera que precisan de la consagración constitucional o legal respectiva, para su existencia.

En ese orden de ideas, se toma como punto de partida la circunstancia de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye una limitación a la libertad de las personas, manifestada en la capacidad de contratar con el Estado, y hay unanimidad respecto de la imposibilidad de formular hipótesis interpretativas que añadan causales de inhabilidad e incompatibilidad más allá de las que se encuentran dispuestas en los textos constitucionales y legales<sup>112</sup>.

La Sala considera conveniente invocar en esta ocasión uno de los criterios interpretativos comprendidos en el Código Civil, para brindar una fundamentación adicional respecto de la taxatividad de tales causales y de su interpretación restrictiva, sin perjuicio de lo que ha sido usual en los pronunciamientos de esta Sala sobre el asunto. Así, el artículo 31 del Código Civil explica que *“lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”*, en tanto que *“la extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”*<sup>113</sup>.

En atención a lo expuesto hasta el momento, la Sala quiere hacer énfasis en que el carácter taxativo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual no permite incorporar o aplicar causales no previstas en el ordenamiento jurídico de manera expresa, así como la imposibilidad de añadir supuestos de hecho diferentes con base en la analogía, no impiden al intérprete jurídico fijar el alcance de cada una de las hipótesis comprendidas expresamente en las normas constitucionales y legales, con base en la aplicación de los diferentes principios y cánones hermenéuticos. Al respecto han indicado esta Sala y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente:

111 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114.

112 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de abril de 2006, exp n.º 1732: *“Las razones de interés general en que se fundamenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el estatuto de contratación estatal... han llevado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación a determinar que las normas que lo fijan son de naturaleza exceptiva y su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo. Precisamente por poseer este carácter, su aplicación debe ajustarse estrictamente a los presupuestos que para cada causal haya señalado el legislador...”*

113 El artículo referido comprende los criterios de interpretación textual restrictiva y extensiva. El primero se explica con base en el principio de *“expressio unius est exclusio alterius”*, el cual significa que la expresión de uno es la exclusión del otro, de manera que en el evento en que se haya realizado una lista de causales, actividades o supuestos fácticos, para determinar el contenido y alcance de un texto, se deberá entender que comprende solamente lo que en él se expresó. Por el contrario, el criterio de interpretación extensiva, expuesto bajo la máxima *“ejusdem generis”*, indica que frente a los listados comprendidos en textos jurídicos, se considerarán incorporadas aquellas cosas que a pesar de no estar incluidas expresamente, son de la misma clase o condición de aquellas que sí se plasmaron.

En relación con estas máximas interpretativas, la Sala aprecia que el sentido de la ley es *“genuino”* cuando se lo interpreta para restringir las hipótesis de inhabilidad a los casos especificados en la norma, en función de la naturaleza de la norma como excepción al régimen general de la libertad contractual. En consonancia, huelga concluir que no procede la interpretación extensiva en atención al origen y a los cometidos de la norma, debidamente explicados con anterioridad.

Ahora bien, habida cuenta de que el artículo 31 remite a los demás criterios hermenéuticos, la Sala considera conveniente señalar que en atención a lo prescrito por el artículo 28, en su primera parte, es decir la regla según la cual: *“las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas”*, resulta natural y obvio entender que un listado que limita el derecho que tienen las personas para la participación en licitaciones y celebración de contratos con el Estado, es de interpretación restrictiva.

*“Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden cobijadas aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma”<sup>114</sup>.*

*“La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador... Las normas pueden interpretarse en forma sistemática o extensiva, lo cual no comporta la aplicación de la norma a casos no contemplados en ella. En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente”<sup>115</sup>.*

En ese orden de ideas, dentro del análisis del contenido de la inhabilidad comprendida en el literal j del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, habrá de cumplirse una labor hermenéutica para dilucidar su alcance, para revivir el espíritu que habita en la letra de la norma, cuestión que no implica la creación de inhabilidades e incompatibilidades por fuera de los casos comprendidos en las normas.

## **5. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes**

Todo lo expuesto se aplica respecto de cualquier momento en el que se configure la inhabilidad, es decir: si tiene lugar con anterioridad a la adjudicación del contrato, período en el cual el sujeto de derecho implicado tiene la calidad de proponente; si se configura con posterioridad al momento de la adjudicación del contrato y con anterioridad a su perfeccionamiento, cuando se lo denomina adjudicatario; o si se concreta después del perfeccionamiento del contrato estatal, a partir del cual la inhabilidad se predica del contratista. El artículo 9° de la Ley 80 de 1993 dispone sobre el particular:

*“Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución. Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.*

*Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal<sup>116</sup>.*

114 Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de octubre de 2009, exp. n.º 1966.

115 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14.652.

116 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996. “A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el

Además de la norma transcrita, es necesario considerar el inciso tercero del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, el cual indica que:

*“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”.*

En ese orden de ideas, la Sala clasifica los casos en que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se pueden presentar, en función de los momentos en que tienen lugar y de las consecuencias que generan, así:

- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato. En este caso, se entenderá que el proponente *“renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo”* (inciso 2 del artículo 9° de la Ley 80 de 1993)<sup>117</sup>. En tal sentido, la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección.
- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, lo cual da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal *“adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”* (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).
- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual. En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9° de la Ley 80 de 1993).
- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal. Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciera parte de un consorcio o unión temporal y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su partici-

*contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que lícita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.*

*Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual”.*



pación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad; la norma indica que no es jurídicamente viable ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9° de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros<sup>118</sup>.

- Lo anterior se predica de las sociedades que se hubieren constituido con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal y de la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación, puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7° de la Ley 80 de 1993)<sup>119</sup>.

Es importante resaltar que estas normas tendrán aplicación cuando quiera que sobrevenga la inhabilidad o incompatibilidad, es decir, de conformidad con el significado natural y obvio del verbo “*sobrevenir*”<sup>120</sup> cuando las inhabilidades o incompatibilidades acaezcan o sucedan después de iniciado el procedimiento administrativo de selección contractual correspondiente, o de expedido el acto de adjudicación, o de perfeccionado el contrato, según el caso. En tal sentido, “*la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal*”.<sup>121</sup>

Cuestión diferente ocurre cuando las inhabilidades o incompatibilidades estaban presentes antes del inicio del procedimiento de selección, de la adjudicación del contrato y de su perfeccionamiento, dado que en tal caso corresponde declarar la nulidad absoluta del contrato respectivo, puesto que, de conformidad con la Ley 80 de 1993, “*los contratos del Estado son absolutamente nulos... cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley*” (artículo 44, numeral 1).

En este caso, cuando quiera que se advierta la configuración de una causal de inhabilidad o incompatibilidad previa a la celebración del contrato, allende la competencia legal con la que se encuentran investidas las autoridades de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer de los casos de nulidad absoluta de los contratos estatales, surge la obligación a cargo del jefe o representante legal de la entidad estatal, de “*dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre*” (inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993).

## 6. Aplicación de las causales de inhabilidad a entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

En relación con la inquietud que se suscita en torno a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades comprendido en la Ley 80 de 1993 y en sus normas complementarias, a las entidades estatales que no están sujetas a tales normas para la contratación, sino

118 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

119 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de septiembre de 2000, exp. n.º 1283.

120 “*sobrevenir*. (Del lat. *supervenire*). 1. intr. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra. 2. intr. Venir improvisamente. 3. intr. Venir a la sazón”, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=sobrevenir>, el 26 de julio de 2013.

121 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646

que se encuentran sometidas a normas especiales o al derecho privado, la Sala advierte que la Ley 1150 de 2007 soluciona la pregunta en sentido positivo<sup>122</sup>.

Es decir, la norma define que *“las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública... estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”* (artículo 13).

Así, la Sala observa que esta norma resulta aplicable a todas las entidades estatales, en tanto que no haya una disposición especial que para un caso específico desestime su operación. Por tal razón, en principio, las entidades estatales que celebren contratos están sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

## 7. Debido proceso para la aplicación de las inhabilidades

Las actuaciones de las autoridades de la República de Colombia, en cualquier escenario, deben tener como fundamento el debido proceso, en su condición de principio y de derecho fundamental. La comunidad en general y los contratistas en particular depositan su confianza en las autoridades, las cuales deben motivar sus actos y someterlos a las disposiciones constitucionales y legales. Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, mandato este que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva que serán posteriormente explicados”*.<sup>123</sup>

Así, la Ley 80 de 1993 desarrolla en relación con la contratación estatal el principio en cuestión en diferentes artículos, entre otros: el artículo 59, cuando prescribe que en aquellos casos en los que se tome una decisión en contra de un proponente o de un contratista las autoridades competentes, en providencia motivada, precisarán los hechos que le dan lugar, los medios de impugnación y defensa, los términos de que dispongan, la autoridad encargada; el artículo 24, en sus numerales 2 y 7, al indicar que los proponentes y contratistas tienen el derecho de obtener información sobre los reportes e informes y de controvertirlos, así como

122 Con anterioridad a la expedición de esta norma, en áreas especiales de la contratación estatal, se advertía, de manera expresa, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a tales entidades era el de la Ley 80 de 1993. Así por ejemplo, en materia de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 dispuso que *“sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes”* (Artículo 44.4).

123 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

también la debida motivación que se exige a los actos expedidos por la entidad en la actividad contractual o en ocasión de ella.

En particular, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 indica que *“las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables a las actuaciones administrativas”*, cuestión que claramente remite al CPACA, el cual ordena la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° numeral 1.

En ese orden de ideas, en relación con la actividad contractual estatal, cuando quiera que se configure una causal de inhabilidad o incompatibilidad respecto de un proponente, adjudicatario o contratista, habrá de acatarse el principio del debido proceso para que la entidad estatal declare la existencia de la causal correspondiente.

## 8. Sociedades matrices y subordinadas, sucursales y grupos económicos

Como quedó arriba reseñado, algunas de las causales de inhabilidad e incompatibilidad involucran los conceptos de sociedades matrices y subordinadas propios de la legislación mercantil, razón por la cual resulta pertinente para el entendimiento pleno de tales disposiciones recordar esas nociones, junto con las de sucursales, grupos económicos y sociedades anónimas abiertas.

En torno a la sociedad, entendida como persona jurídica diferente de los socios considerados individualmente, con capacidad para celebrar los contratos que correspondan *“al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto”* (Código de Comercio, artículos 98 y 99)<sup>124</sup>, resulta de suma importancia para el análisis que adelanta la Sala explicar las nociones jurídicas y mercantiles de sucursal, matriz, subordinada, filial, subsidiaria y grupo empresarial, así como también el concepto de sociedad anónima abierta.

En tal sentido, en Colombia las sucursales están definidas en el Código de Comercio como *“establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad”* (artículo 263). Los establecimientos de comercio en su condición de bienes mercantiles, constituyen *“un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”* (artículo 515).

Por su parte, las personas jurídicas de naturaleza societaria, cuya constitución no es nacional, encuentran definición en el Código de Comercio, cuando se prescribe que *“son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior”* (artículo 469), las cuales, para efectos de *“emprender negocios permanentes en Colombia”* habrán de establecer *“una sucursal con domicilio en el territorio nacional”* (artículo 471). Así, de acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, la sucursal de sociedad extranjera es solo una prolongación de la matriz, carente de personería jurídica,

<sup>124</sup> El Código Civil define que: *“se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”* (artículo 633). En aquellos casos en los cuales las personas jurídicas tienen ánimo de lucro, se constituyen bajo la forma de sociedad mercantil, esto es, en términos del Código de Comercio, el contrato en virtud del cual *“dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”* (artículo 98).

no es bajo ninguna circunstancia un ente autónomo, pues la sucursal es el establecimiento de comercio de una sociedad extranjera sujeta a las reglas de una sociedad colombiana<sup>125</sup>.

Por el contrario, hay ocasiones en las cuales se estructuran conglomerados empresariales con base en sociedades que, en tal condición, cuentan con personería jurídica autónoma e independiente. En un sinnúmero de ocasiones, las sociedades aportan bienes al capital de otras y se hacen titulares de las acciones o de las partes o cuotas de interés correspondientes, cuestión que puede implicar, en función del porcentaje de participación, que sometan el poder de decisión de tales sociedades receptoras de su inversión a su voluntad.

Al respecto, las sociedades integrantes del conglomerado asumen posiciones diferentes, que dan lugar a diversas denominaciones, de acuerdo con la normatividad mercantil nacional, en el siguiente sentido: (i) la sociedad matriz o controlante es aquella que somete a su voluntad el poder de decisión de otras sociedades, las cuales reciben el nombre de (ii) subordinadas o controladas; las sociedades subordinadas se presentan bajo dos denominaciones en atención a la influencia directa o indirecta que reciben de la matriz o controlante: serán (iii) filiales si están sometidas directamente a la sociedad matriz, y (iv) subsidiarias si lo están indirectamente, por medio de otras subordinadas de la matriz<sup>126</sup>.

Una vez definidas las calificaciones legales de las sociedades en relación con su participación en los eventuales conglomerados, se establecen las presunciones de subordinación para aquellas situaciones en las cuales las personas jurídicas o naturales controlantes, directa o indirectamente, tengan la titularidad de la mayoría del capital de una sociedad; o cuenten con las mayorías necesarias para decidir en los órganos de administración de la sociedad controlada; o cuando en virtud de un negocio ejerzan influencia dominante sobre la sociedad subordinada (artículo 27 de la Ley 222 de 1995).

Ahora bien, cuando junto al vínculo de subordinación referido se presenta unidad de propósito y dirección en las sociedades, en el sentido en que sus actividades, y su propia existencia, procuran una finalidad establecida por la matriz en atención a la dirección que ejerce sobre el conjunto, se habrá configurado un grupo empresarial (artículo 28 de la Ley 222 de 1995). En algunas ocasiones, sociedades colombianas y extranjeras, en condición de matrices y subordinadas, conforman grupos empresariales, lo cual genera inquietudes respecto de la forma como se han de cumplir las disposiciones nacionales en la materia cuando se incorpora el elemento de la internacionalidad. Por ejemplo, si le resulta exigible la obligación de rendir un informe especial ante la asamblea o junta de socios acerca de las relaciones existentes entre las controlantes y las subordinadas, o si deben cumplir con la obligación de inscribir en el registro mercantil a tales grupos empresariales (artículos 29 a 33 de la Ley 222 de 1995).

Al respecto se aprecia que no solo en las épocas actuales de auge en los procesos de internacionalización de la economía y de globalización de los negocios, sino desde el siglo XIX se

125 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-001093 del 2 de enero de 2011; Circular Externa 030 del 26 de noviembre de 1997.

126 Ley 222 de 1996: "Artículo 26. Subordinación. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o control ante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria".

ha dispuesto que las sociedades establecidas en un país deben acatar las normas respectivas, no obstante su origen extranjero.

En efecto, el “Tratado de Derecho Comercial Internacional” suscrito el 12 de febrero de 1889, incorporado en la legislación nacional por medio de la Ley 33 de 1992, acerca de las sociedades dispone que *“el contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial”* (artículo 4). En tal sentido, las compañías creadas conforme a la legislación colombiana, sin importar su pertenencia a un conglomerado con origen legal en otro país, están sujetas a las normas nacionales.

De otra parte, en relación con las sucursales de sociedades extranjeras, indica la norma centenaria que *“las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen”* (artículo 6), caso en el cual las controversias judiciales que surjan en torno a su actividad en ese país, podrán ser instauradas ante los tribunales respectivos (artículo 7).

Resulta pues indudable que las matrices y subordinadas, filiales y subsidiarias de los grupos empresariales y conglomerados que tengan origen o presencia en Colombia, así como las sucursales, deben cumplir con las normas que resulten aplicables<sup>127</sup>.

Finalmente, con el propósito de absolver los temas sometidos a consideración de la Sala, resulta indispensable establecer el significado legal del término *“sociedad anónima abierta”*.

Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 *“Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”* en el artículo 2.2.1.1.2.2.8., reproduce lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013 *“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”*, y bajo el título de *“inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas”* define que: *“las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario”* (artículo 32).

Esta reglamentación obedece al mandato del legislador, el cual ordenó: *“Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”* (parágrafo 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993)<sup>128</sup>. Así, el concepto de

127 Claramente, la existencia de diferentes personas, en particular de sociedades, dentro de un grupo empresarial, posibilita a cada una la ejecución de actividades independientes respecto de las demás sociedades que lo integran. De forma consecuente, tal independencia y autonomía, reconocidas legalmente a las personas jurídicas, implica que, en principio, las sociedades no se vean afectadas por la consagración de alguna incapacidad especial para la contratación por la simple causa de que otra sociedad, perteneciente al mismo conglomerado o grupo, se encuentra tipificada dentro de tales supuestos de hecho. No obstante, tal y como lo ha advertido esta Sala, concepto del 17 mayo de 2001, exp. n.º 1346: “la teoría clásica según la cual la sociedad comercial constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ha sido atemperada e incluso modificada por la teoría del control jurídico y económico, establecida para hacer frente a la realidad contemporánea de grupos económicos y de vinculaciones societarias cada vez más complejas”. Conviene tener en cuenta, desde la óptica de diferentes disposiciones legales, entre ellas, la ley 190 de 1995, “las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por esta” (artículo 44). Al respecto, ha expuesto la Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1999, exp. n.º 10641: “Esta disposición tiene como objeto evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo (lifting the corporate veil) y se descubrirá el beneficio oculto”.

128 Con anterioridad, la norma que prescribía sobre el particular Decreto 679 de 1994, “Artículo 5.- Para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones: 1. Tengan más de trescientos accionistas. 2. Que ninguna

sociedad anónima abierta tiene alcance específico acerca de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los literales h), j) y k) del numeral 1, y d) del numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Para efectos de concretar aún más la temática formulada en la consulta, la Sala estima que deberá establecerse si podría presentarse una hipótesis en la cual fueran las decisiones proferidas por autoridades extranjeras en observancia de sus propias leyes las que concretaran los supuestos de hecho referidos hasta el momento, o si las causales de inhabilidad e incompatibilidad se encuentran sometidas exclusivamente al principio de la territorialidad de la ley.

## 9. Una reflexión desde el derecho comparado. El caso de los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, en el nivel federal, el “*Code of Federal Regulations*” (CFR) establece dos mecanismos que permiten inhabilitar a personas que buscan contratar con el Estado<sup>129</sup>. Estos se conocen con el nombre de “*debarment*”<sup>130</sup> y “*suspension*”<sup>131</sup> y se encuentran regulados a partir de la sección 9.400 del Título 48 del CFR.

Aunque estos dos mecanismos son similares en muchos aspectos, se diferencian principalmente en que mientras la figura del “*debarment*” es una decisión final, la “*suspension*” corresponde a una de carácter temporal, pues se adopta mientras se completa o finaliza una investigación o proceso judicial<sup>132</sup>.

Los mencionados mecanismos tienen como características principales las siguientes:

1. Permiten que los contratos se celebren con “*contratistas responsables*”<sup>133</sup>, concepto que se determina legalmente, por parte del CFR, al indicar:

*“Para ser calificado como responsable, un potencial contratista debe: (a) Tener los recursos financieros adecuados para ejecutar el contrato, o la habilidad para obtenerlos... (b) Ser capaz de cumplir con la entrega requerida o propuesta o el cronograma de ejecución, tomando en consideración todos los compromisos comerciales y gubernamentales; (c) Tener un record satisfactorio de ejecución... Un potencial contratista no será considerado responsable o no responsable solamente con base en una falta de historia relevante de desempeño, excepto lo establecido en 9-104-2; (d) Tener un record satisfactorio de integridad y ética comercial... (e) Tener la organización, experiencia, contabilidad y controles operacionales necesarios, y las habilidades técnicas, o la habilidad para obtenerlas... (f) Tener la producción, construcción y equipo técnico e instalaciones, o la habilidad para obtenerlas... y (g) Por lo demás estar calificado y ser elegible para recibir un contrato bajo las leyes y regulaciones aplicables] (traducción libre)”*<sup>134</sup>

persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. 3. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores”.

129 9.403.

130 9.406-1.

131 9.407-1. Véase igualmente: Caiola v. Carroll, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 851 F.2d 395, 1988.

132 U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, Audit of administrative suspension, debarment, and other internal remedies within the Department of Justice, Audit Report 12-01. Octubre de 2011, p. iv.

133 9.402.

134 La Sala ha realizado una traducción libre de la sección 9.104-1 del CFR: “*To be determined responsible, a prospective contractor must -- (a) Have adequate financial resources to perform the contract, or the ability to obtain them (see 9.104-3(a)); (b) Be able to comply with the required or proposed*

2. No se busca con ellos sancionar o castigar al contratista, sino proteger los intereses de la administración<sup>135</sup>.

3. Aunque la ley establece algunos parámetros que la Agencia estatal debe considerar para adoptar la decisión correspondiente<sup>136</sup>, la misma legislación reconoce expresamente que esta goza de una facultad o potestad discrecional<sup>137</sup>. En desarrollo de lo anterior, la Agencia no está obligada a implementar los señalados instrumentos aunque se presente alguna de las causales para su ocurrencia<sup>138</sup>.

4. Respecto a sus efectos, tanto “*debarment*” como “*suspension*” provocan, entre otros, que una persona quede inhabilitada para celebrar contratos con el Estado, razón por la cual, en principio no podrá ser adjudicatario de contratos ni ser invitado para enviar ofertas para contratar. Al respecto se presenta una excepción, consistente en que, no obstante la circunstancia de hallarse bajo una decisión que somete al contratista al “*debarment*” o “*suspension*”, la Agencia podrá contratar con él si existe una razón determinante para hacerlo<sup>139</sup>.

5. El procedimiento para tomar la decisión lo determina la propia Agencia<sup>140</sup> del Estado<sup>141</sup>. En todo caso, este debe ser respetuoso del derecho al debido proceso<sup>142</sup>.

6. Las personas que hayan sido objeto de “*debarment*” o “*suspension*” se incluyen en el “*System for Award Management (SAM) Exclusions*”<sup>143</sup>.

7. Las causales que dan lugar a la aplicación de las señaladas figuras son establecidas por la ley<sup>144</sup>. En el caso del “*debarment*”, se destaca como causal la existencia de una decisión civil o penal proferida como consecuencia de: i) la comisión de fraude u ofensa penal relacionada con la obtención, intento de obtener o ejecución de un contrato o subcontrato, ii) la violación de leyes estatales o federales de competencia en relación con el envío de ofertas, o

---

*delivery or performance schedule, taking into consideration all existing commercial and governmental business commitments; (c) Have a satisfactory performance record (see 48 CFR 9.104-3(b) and part 42, subpart 42.15). A prospective contractor shall not be determined responsible or nonresponsible solely on the basis of a lack of relevant performance history, except as provided in 9.104-2; (d) Have a satisfactory record of integrity and business ethics (for example, see Subpart 42.15). (e) Have the necessary organization, experience, accounting and operational controls, and technical skills, or the ability to obtain them (including, as appropriate, such elements as production control procedures, property control systems, quality assurance measures, and safety programs applicable to materials to be produced or services to be performed by the prospective contractor and subcontractors) (see 9.104-3(a)); (f) Have the necessary production, construction, and technical equipment and facilities, or the ability to obtain them (see 9.104-3(a)); and (g) Be otherwise qualified and eligible to receive an award under applicable laws and regulations (see also inverted domestic corporation prohibition at 9.108”.*

*Igualmente, respecto al concepto de contratista responsable la jurisprudencia ha indicado: “The test for whether debarment is warranted is the present responsibility of the contractor Roemer v. Hoffmann, 419 F. Supp. 130, 131 (D.D.C. 1976). In government contract law, “responsibility” is a term of art, defined to include the honesty and integrity of the contractor as well as the ability to successfully perform a contract”. [“El test para determinar si se ordena la exclusión es la responsabilidad presente del contratista. ....En el derecho de los contratos estatales, “responsabilidad” es un término particular, definido para incluir la honestidad y la integridad del contratista así como también la habilidad para ejecutar satisfactoriamente un contrato”] (traducción libre). Delta Rocky Mountain Petroleum, Inc.; v. The United States Department of Defense, United States District Court for the District of Colorado, 726 F. Supp. 278, 1989. Igualmente, en otra oportunidad se señaló: “In making the responsibility determination, the contracting officer must determine that the contractor has “a satisfactory record of integrity and business ethics”. [Al tomar la determinación de responsabilidad, el oficial contratante debe determinar que el contratista tiene un record satisfactorio de integridad y ética en los negocios.] (traducción libre). Impresa Construzioni Geom. Domenico Garufi v. The United States, United States Court of Federal Claims, 52 Fed. Cl. 421.*

135 9.407-1 y 9.402(b).

136 9.406-1.

137 9.402. Véase Igualmente: Peter Kiewit Sons' Co. v. U.S. Army Corps of Engineers, United States Court of Appeals, 714 F.2d 163, 1983.

138 9.406-1.

139 9.405. Véase también: Med Trends, Inc. v. United States, United States Court of Federal Claims 2011, U.S. Claims LEXIS 2212, 2011.

140 4-403.

141 9.402.

142 9.406-3.

143 9.404.

144 9.406-2.

iii) la comisión de los delitos de desfalco, robo, falsificación o destrucción de archivos, falsa afirmación, evasión de impuestos o la recepción de propiedad robada. Igualmente, entre las causales señaladas por la ley se incluye la comisión de una ofensa que indique una falta de integridad u honestidad en los negocios que de forma seria y directa afecte la responsabilidad actual (*present responsibility*)<sup>145</sup> de la persona.

Sin embargo, debe resaltarse que la inhabilitación por “*debarment*” puede también presentarse sin que necesariamente exista una sentencia judicial, pues la ley estableció que una persona puede quedar sujeta a dicha decisión con fundamento en cualquier causa grave o apremiante que afecte su responsabilidad actual, a juicio de la Agencia que toma la decisión.

De otra parte, surge el interrogante de si es posible acudir al mecanismo de “*debarment*” con fundamento en decisiones judiciales proferidas por cortes extranjeras. Frente a este punto, la doctrina considera que la respuesta debe ser negativa, pues siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>146</sup>, a menos que de la ley o la intención del legislador se derive lo contrario, debe presumirse que las leyes promulgadas por el Congreso se refieren a asuntos de carácter nacional y no extraterritorial<sup>147</sup>. A este argumento puede sumarse además el hecho de que las cortes norteamericanas tradicionalmente no otorgan validez a sentencias judiciales extranjeras de naturaleza penal por razones de orden público<sup>148</sup>.

En todo caso, no puede perderse de vista que la figura de “*debarment*” establece también como una de las causales para su aplicación el que existan causas graves o apremiantes que afecten la responsabilidad presente de la persona, de tal suerte que una sentencia judicial extranjera podría servir para fundamentar la decisión. Lo anterior teniendo en cuenta que en los Estados Unidos las decisiones judiciales extranjeras sirven como evidencia<sup>149</sup>. Con todo, será de todas maneras necesario que existan otros argumentos o razones adicionales que sustenten dicha medida.

Finalmente, en el caso de la figura de “*suspension*”, la ley estableció causales similares a las señaladas para el “*debarment*”<sup>150</sup>. Empero, debe destacarse que para el caso de la primera no se exige una sentencia o decisión judicial, sino que es posible su imposición con fundamento en evidencia adecuada<sup>151</sup>. Asimismo, la propia ley señala que constituye “*adecuada evidencia*”<sup>152</sup> la existencia de una acusación (*indictment*)<sup>153</sup> para el caso de ciertos delitos señalados en la norma<sup>154</sup>.

145 Respecto al concepto de responsabilidad presente véase: U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, ob. cit.

146 *Small v. United States*, Supreme Court of the United States, 544 U.S. 385, 2005. Véase igualmente: *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, Supreme Court of the United States, 336 U.S. 281, 1949.

147 Sope Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Hart Publishing, 2012.

148 David Epstein, Baldwin, Charles S., *International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice, and Strategy*, Nijhoff, 2010, p. 388. Véase igualmente: William S. Dodge, *Breaking the Public Law Taboo*, Harvard International Law Journal, Vol. 43, No. 1, 2002, p. 162.

149 *Donnell v. Federal Aviation Administration and National Transportation Safety Board*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 411 F.3d 267, 2005.

150 9.407-2

151 9.403. Véase también *Rsi, Inc. v. United States*, United States District Court for the Western District of Texas, 772 F. Supp. 956, 1991.

152 Evidencia adecuada es aquella información suficiente para sustentar la creencia razonable de que un acto u omisión particular ha existido. *Mainelli, Jr. v. The United States of America*, United States District Court for the District of Rhode Island, 611 F. Supp. 606, 1985.

153 Para la definición de “*indictment*” véase 9-403.

154 *Lion Raisins, Inc. v. United States*, United States Court of Federal Claims, 64 Fed. Cl. 536, 2005.



## **G. Interpretación y aplicación de las normas y causales de inhabilidad invocadas en la consulta**

En la consulta se hace referencia a tres normas legales principales, que en su conjunto establecen varias inhabilidades para contratar. Tales disposiciones son el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, el artículo 58, numeral 6º de la misma ley, y el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011.

La Sala considera que para interpretar y aplicar en forma adecuada dichas normas y causales de inhabilidad, es indispensable tener en cuenta, por una parte, el principio de territorialidad de la ley colombiana, especialmente en lo concerniente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por otra parte, los tratados internacionales suscritos por Colombia para la lucha contra la corrupción, que fueron explicados en forma previa.

En esa medida, procederá la Sala a referirse al principio de territorialidad, para adentrarse luego en el análisis particular de cada una de las disposiciones legales citadas y de las inhabilidades que estas contienen.

### **1. Territorialidad de la ley colombiana, en general, y de las normas de contratación pública, en particular**

Tradicionalmente se ha considerado que la territorialidad de la ley es una manifestación o emanación de la soberanía de los Estados, en cuanto implica que todas las personas que se hallan dentro del territorio de un país, incluyendo las extensiones de este aceptadas generalmente por el derecho internacional (naves, aeronaves etc.), se encuentran sometidas a la Constitución y a las leyes de ese Estado, independientemente de que se trate de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. El mismo principio implica que tales personas están sometidas también a las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales del Estado en el cual se encuentran o al cual pertenecen.

Es por esta razón que el artículo 4º, inciso 2º de la Carta Política dispone que “*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*”, y que el artículo 95 ibídem reitera que “*toda persona*” está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Con la misma orientación, el artículo 2º, inciso 2º de la Constitución dispone que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas “*residentes en Colombia*”, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; el artículo 13 consagra el principio y derecho a la igualdad, especificando (en cuanto concierne a esta consulta) que no puede haber discriminación por razones de “*origen nacional*”, y el artículo 100 señala que los extranjeros en Colombia disfrutan de los mismos derechos civiles reconocidos a los colombianos, pero que la ley puede subordinar a condiciones especiales tales derechos o negarles el ejercicio de algunos de ellos “*por razones de orden público*”.

En forma complementaria, el artículo 18 del Código Civil estatuye que “*la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros en Colombia*”, y el artículo 57 del Código de Ré-

gimen Político y Municipal (Ley 4 de 1913) reitera que “*las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo, respecto de estos, los derechos concedidos en los tratados públicos*”.

Las normas constitucionales y legales citadas permiten esbozar un segundo aspecto que resulta esencial en el análisis del principio de territorialidad, a saber: que dicho principio no es absoluto, ya sea porque esas mismas disposiciones y los tratados internacionales vigentes y obligatorios para Colombia permiten en determinados casos la no aplicación de ciertas normas a los extranjeros que se encuentren permanente o transitoriamente en el país (excepción a la aplicación territorial de la ley colombiana), o bien porque la ley colombiana o los tratados internacionales disponen, en algunos eventos, la aplicación de aquella ley a los nacionales o residenciados que se encuentren fuera del territorio nacional (aplicación extraterritorial de la ley colombiana), como lo consagra, por ejemplo, el artículo 19 del Código Civil<sup>155</sup>.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia C-621 de 2001<sup>156</sup>, manifestó lo siguiente sobre la aplicación del principio de territorialidad en materia penal:

*“El principio de territorialidad se ha entendido tradicionalmente como la posibilidad de que un Estado aplique las normas de su ordenamiento dentro del territorio bajo su dominio, sin interferencia alguna de otros Estados. En el caso de la ley penal, el principio de territorialidad significa que el Estado podrá aplicar su derecho penal a las conductas ilícitas ocurridas dentro de los límites de su territorio, o de extensiones jurídicamente aceptadas de este. Se trata de un criterio relativo al ámbito espacial de aplicación de la ley, diferente a otros criterios como el estatuto personal o el real. Tal como lo señaló la Corte, el principio de territorialidad es: (...) **“fundamento esencial de la soberanía, de acuerdo con el cual cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser este su “natural” ámbito espacial de validez**”<sup>157</sup>.*

*La definición de cuál sistema penal puede juzgar un hecho ilícito ocurrido total o parcialmente en un lugar distinto a aquel donde se encuentra el presunto delincuente, ha llevado tradicionalmente a sopesar cuatro elementos relacionados con la aplicación del principio de territorialidad: el lugar de ocurrencia del hecho ilícito, la nacionalidad del autor del ilícito, **la nacionalidad del bien jurídico vulnerado con la conducta ilícita y la importancia para la comunidad internacional del bien jurídico tutelado** que resulte afectado por el delito. La ponderación de estos cuatro elementos ha conducido a la adopción de distintas soluciones...”* (Resaltamos).

En materia de contratación pública, es necesario recordar, en primer lugar, que conforme al inciso final del artículo 150 de la Constitución, una de las funciones asignadas al Congreso

155 “Artículo 19. Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1º) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

156 Corte Constitucional, sentencia C-621 del 13 de junio de 2001. Exp. D-3268.

157 “[33] Corte Constitucional, Sentencia T-1736/00, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, relativa a una presunta violación del derecho al debido proceso en el trámite de extradición”.

de la República mediante la elaboración de las leyes, es la de “*expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”.

De dicho canon constitucional, en armonía con lo que se ha explicado sobre el principio de territorialidad de la ley, surge con claridad que todo lo relativo a la actividad contractual del Estado colombiano y de las entidades, organismos y órganos que lo componen está sujeto a la ley colombiana y a las decisiones que con base en ella adopten las autoridades del país.

Lo anterior trae consigo consecuencias positivas y negativas para la interpretación y aplicación de tales normas, pero no en un sentido valorativo o axiológico, sino en un sentido estrictamente lógico; es decir, aspectos que están cobijados por dicha ley, aunque intervengan en ellos personas extranjeras u ocurran total o parcialmente en el exterior, y elementos que quedan por fuera de la aplicación de la ley colombiana, por suceder enteramente en el exterior y encontrarse sujetos a la ley foránea o incluso, como sucede en ocasiones, por estar sometidos a otra legislación, aunque los hechos en que se basen ocurran total o parcialmente dentro del país, según lo disponga la ley o el derecho internacional convencional o consuetudinario.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007<sup>158</sup>, regula parcialmente la territorialidad de la ley colombiana y la extraterritorialidad de la ley extranjera, en relación con los contratos estatales, al disponer:

*“Artículo 13. De la normatividad aplicable a los Contratos estatales. Los contratos que celebran las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera”.* (Se resalta).

La Corte Constitucional ha deducido, con base en diferentes normas de la Constitución, así como en reconocidos principios del derecho internacional privado, que la ley colombiana, de la cual forma parte el Estatuto General de Contratación Pública, es la llamada a regir los contratos celebrados por las entidades estatales colombianas, tanto con nacionales como con extranjeros, en los siguientes aspectos: (i) la celebración del contrato que se haga en el territorio nacional y sus extensiones (*lex loci contractus*), actividad que, como lo reconoce dicha Corporación, incluye todo el proceso denominado “*de selección*” o “*de contratación*”, y (ii) la ejecución de los contratos en el territorio colombiano (*lex loci solutionis*), ya sea la de aquellos perfeccionados en el exterior o la de aquellos celebrados en Colombia<sup>159</sup>.

158 “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”.

159 Corte Constitucional, sentencia C-249 de 2004:  
 “2.3.2. El segundo inciso del artículo 13 de la ley 80 expresa: **Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.** En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), **el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde**, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, **siempre que tal ejecución no se realice en Colombia.** Por lo mismo, **cuando el contrato suscrito en el**

En este punto, vale la pena recordar que el Estatuto General de Contratación, fuera de contener algunos principios que se aplican transversalmente a todas las fases y aspectos de la actividad contractual del Estado, regula básicamente dos grandes asuntos o etapas relacionados con dicha actividad: (i) el proceso de contratación o proceso de selección, que equivale a lo que en el derecho privado se denomina *etapa precontractual*, periodo que va hasta el perfeccionamiento del contrato, y (ii) la ejecución, terminación y liquidación de los contratos.

En relación con la primera etapa, es evidente que por realizarse enteramente en Colombia (como regla general), por parte de entidades públicas y servidores públicos colombianos, y constituir, la mayoría de las veces, una actuación o procedimiento administrativo en el transcurso del cual se expiden actos de la misma clase, dicha fase se encuentra sometida de manera exclusiva a la ley colombiana, salvo en cuanto a ciertos aspectos específicos que necesariamente están sujetos a la ley extranjera, conforme al derecho internacional, tales como la existencia y la capacidad de las personas jurídicas de otros países, el estado civil y el parentesco de las personas naturales foráneas etc.

A la luz de los conceptos explicados, la Sala pasará a referirse a la interpretación y aplicación de cada una de las normas y las causales de inhabilidad señaladas en la consulta.

## 2. El artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993

Esta disposición fue incorporada a la Ley 80 por la Ley 1150 de 2007 (artículo 18); posteriormente fue modificada por la Ley 1474 de 2011 (artículo 1º), y finalmente fue declarada inexecutable, en forma parcial, por la Corte Constitucional. En consecuencia, para interpretarla de forma adecuada, es necesario hacer un breve recuento de su nacimiento y de las transformaciones que ha sufrido, así:

---

*extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera solo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior.*

2.3.3. El tercer inciso del artículo 13 de la ley 80 dispone: **Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.**

Apoyándose nuevamente en el **criterio del lugar de ejecución de los contratos (lex loci solutionis)** el tercer inciso **deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado. Sin embargo, conviene hacer las siguientes precisiones: Con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que “Los contratos que se celebren en Colombia”, deben someterse al régimen contractual nacional.**

Asimismo, **la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero solo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica esta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros...**

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño- de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa...

En concordancia con lo expresado la Corte acoge los planteamientos de la Vista Fiscal, quien al referirse al inciso en comento concluye que tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y 100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, **la eventual remisión a las normas extranjeras –para la ejecución en el extranjero- solo puede tener lugar después de perfeccionado el contrato en Colombia bajo la ley nacional; lo cual engloba el proceso de selección, que al amparo de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional...”. (Negritas añadidas).**

Ley 1150 de 2007 (artículo 18)	Ley 1474 de 2011 (artículo 1)	Sentencia C-630 de 2012	Norma vigente
<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.</p>	<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años”. (Se resalta).</p>	<p>Declaró inexecutable las siguientes expresiones de la norma citada: “o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior”, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo n.º 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados</p>	<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.</p>

En relación con el artículo 18 de la Ley 1150, es necesario indicar que la expresión “*soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*” fueron incorporados en el pliego de modificaciones para segundo debate en la Cámara de Representantes, al proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 1150, con la siguiente motivación: “*En este artículo relacionado con una causal de inhabilidad, relativa a la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho y prevaricato, se adiciona el soborno transnacional y sus equivalentes en otras jurisdicciones, con el objeto de fortalecer los mecanismos de lucha contra la corrupción*”. (Se resalta)<sup>160</sup>.

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-630 de 2012<sup>161</sup>, declaró inexecutable la expresión que se relaciona en el cuadro anterior, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo n.º 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consa-

160 Gaceta del Congreso n.º 96, año XVI, del 27 de marzo de 2007, p. 6. “Artículo 18. (Artículo 19 texto aprobado en Comisión)

161 Corte Constitucional, sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012. Expediente D-8942.

gró una inhabilidad para contratar con el Estado **de carácter permanente** por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados. En esa medida, la Corte manifestó que el legislador no estaba facultado para limitar a veinte años una inhabilidad que la Constitución establece directamente con carácter intemporal.

Para entender con mayor claridad lo resuelto por la Corte Constitucional, es conveniente recordar que el artículo 122 de la Carta establece las condiciones generales bajo las cuales las personas pueden ingresar a la función pública y permanecer en ella, como servidores públicos. El inciso quinto disponía que el servidor público que fuese condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedaba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, disposición que fue modificada por el Acto Legislativo n.º 1 de 2004 y, posteriormente, por el Acto Legislativo n.º 1 de 2009.

Acto Legislativo n.º 1 de 2004	Acto Legislativo n.º 1 de 2009
<p>“Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:</p> <p>Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”. (Se resalta).</p>	<p>“Artículo 4º. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:</p> <p>Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.</p> <p>Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, (sic) con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.</p>

Como puede inferirse, fue con base la modificación del año 2004, que el Congreso de la República, mediante la Ley 1150 (artículo 18), estableció la causal de inhabilidad contenida en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80.

En esa medida, en la actualidad, deben distinguirse dos grupos diferentes de delitos, que generan dos inhabilidades distintas:

Los delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad y el delito de soborno transnacional: las personas naturales que sean condenadas judicialmente por cualquiera de estos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales, por un término de **veinte años**. Esta inhabilidad se aplica (por el mismo lapso) a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, sus matrices y sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

Los delitos que afecten el patrimonio del Estado, aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, los delitos calificados como “de lesa humanidad” y el narcotráfico, en Colombia o en el exterior: las personas que sean condenadas por cualquiera de dichos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales **en forma permanente**. Sin embargo, esta causal no puede extenderse a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, ni a sus matrices y subordinadas, pues tal efecto extensivo fue suprimido cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable y, por lo tanto, expulsó del ordenamiento jurídico la referencia que a esos delitos hacía el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, cabría preguntarse qué sucedería si una persona natural fuera condenada por un delito contra la administración pública que, al mismo tiempo, afecte el patrimonio del Estado colombiano, pues dicho caso caería dentro de los supuestos de hecho de las dos causales de inhabilitación mencionadas, es decir, la prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993 y la incorporada en el artículo 122 de la Carta Política. La Sala sugiere, como posible solución a este evento, que la persona natural declarada penalmente responsable debe entenderse inhabilitada para contratar con el Estado **en forma permanente**, de conformidad con el artículo 122 referido, mientras que las sociedades en las cuales sea socio, así como sus matrices y subordinadas, quedarían inhabilitadas para los mismos efectos **por un período de veinte (20) años, en atención al artículo 8º de la Ley 80**.

Ahora bien, por este camino se llega a uno de los puntos centrales de la consulta, que debe solucionarse para responder varios de los interrogantes planteados en la misma, a saber: si la inhabilitación prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 se genera solamente cuando una persona es declarada responsable **por la justicia colombiana** de alguno de los delitos contra la administración pública consagrados en nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), o por el delito de soborno transnacional (artículo 433 ibídem), o si dicha causal también surge cuando una persona es declarada responsable, **por la justicia de cualquier otro país**, por la comisión de alguno de dichos delitos en ese Estado (aunque allí tengan otra clasificación, otras denominaciones o protejan total o parcialmente otros bienes jurídicos).

De lo que se ha explicado hasta ahora sobre el principio de territorialidad de la ley colombiana, así como de los cambios efectuados por el legislador en la norma que se viene comentando, parecería concluirse que la inhabilitación referida solo se aplica cuando la sentencia penal mediante la cual se condena a una persona natural por cualquiera de los hechos delictivos mencionados, es proferida por un juez colombiano, pues el Congreso de la República decidió eliminar de la citada disposición (al menos formalmente) la equivalencia que esta consagraba originalmente entre los delitos enlistados allí y los previstos en otras jurisdicciones, de lo cual podría inferirse, en principio, que también suprimió la equivalencia entre las sentencias condenatorias penales dictadas por la justicia colombiana y las sentencias de la misma clase emitidas por esos delitos en otros Estados.

No obstante, un análisis más detallado y cuidadoso de este asunto, a la luz de la historia legislativa del literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por Colombia, permite superar la interpretación anterior y llegar a una conclusión distinta.

En efecto, debe partirse de que el citado literal, tal como fue adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150, establecía expresamente que la inhabilidad en estudio surgía por el hecho de que una persona natural fuese declarada responsable judicialmente por la comisión de alguno de los delitos que dicha norma señalaba (peculado, concusión, cohecho, prevaricato y soborno transnacional), “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*”, mientras que el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, al modificar este precepto suprimió la frase: “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*”.

Dado que debe existir alguna razón de fondo por la cual el legislador efectuó dichos cambios, la Sala se dio a la tarea de revisar el trámite dado en el Congreso al proyecto de ley que más adelante se convirtió en la Ley 1474.

Esta propuesta fue presentada por el Gobierno nacional, con el título de “*proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*”, y le correspondió el n.º 142 de 2010 Senado. De su exposición de motivos, vale la pena resaltar los siguientes apartes<sup>162</sup>:

**“1. Introducción.** *La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo*<sup>163</sup>. (...)”

*Esta situación ha sido reconocida por todos los sectores de nuestra sociedad y, por ello, la presente ley es fruto de un diálogo propositivo y de la colaboración entre el Gobierno nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales... lo cual ha permitido la elaboración de medidas administrativas, disciplinarias, penales, fiscales y educativas que desarrollan una política integral del Estado en contra de este fenómeno. Por las consideraciones expuestas, el presente proyecto de ley busca introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo [por] subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente.*

## 2. Contenido del proyecto

**2.1. Primer capítulo: medidas administrativas para la lucha contra la corrupción.** *La Administración Pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello, en el primer capítulo, se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado (...)*. (Negrillas añadidas).

<sup>162</sup> Gaceta del Congreso n.º 607, año XIX, del 7 de septiembre de 2010, pp. 16 y 17.

<sup>163</sup> “[1] Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por la Ley 412 de 1997. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por la Ley 970 de 2005...”



El primer artículo del citado proyecto tenía originalmente el siguiente texto<sup>164</sup>:

*“Artículo 1º. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. El literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 quedará así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, **así como sus equivalentes en otras jurisdicciones**. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.* (Las negrillas agregadas).

Para el debate inicial de este proyecto en la Comisión Primera del Senado, los ponentes presentaron un pliego de modificaciones, en el cual, con respecto al artículo 1º, solamente se propuso sustituir la expresión “delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades”, por “delitos contra la Administración Pública”<sup>165</sup>, lo cual probablemente obedeció a la doble intención de simplificar el lenguaje y ampliar, al mismo tiempo, el universo de delitos que serían susceptibles de generar esta inhabilidad, pues si se revisa el título XV del Código Penal, se observa que tanto los delitos de peculado, concusión, cohecho y prevaricato, como otros que allí se incluyen (por ejemplo, el de enriquecimiento ilícito), son calificados expresamente como delitos contra la administración pública.

Por otro lado, es importante resaltar que en el mismo texto propuesto para primer debate se mantuvo la expresión “así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”, que aparecía en el artículo 1º del proyecto inicial, y con ese lenguaje fue aprobado el proyecto de en la Comisión Primera del Senado<sup>166</sup>.

Para el segundo debate del proyecto de ley en la Plenaria del Senado, se presentó de nuevo un pliego de modificaciones, en el cual no se planteó ninguna modificación al artículo 1º del proyecto. Sin embargo, en el texto aprobado en segundo debate se suprimió la frase “así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”, que formaba parte del artículo 1º, quedando la norma redactada así<sup>167</sup>:

*“Artículo 1º. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. El literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 quedará así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública y soborno transnacional. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.*

Al indagar acerca de la razón por la cual se efectuó dicho cambio, dado que, como se explicó, el mismo no se planteó en el pliego de modificaciones propuesto para el segundo debate, solamente se encontró la siguiente explicación en las Gacetas del Congreso de la República: Durante la discusión y votación del proyecto en la Plenaria del Senado, surgió la necesidad de separar y excluir de la votación en bloque que se estaba haciendo, algunos artículos res-

164 Gaceta ídem, p. 1.

165 Gaceta del Congreso n.º 784, año XIX, del 19 de octubre de 2010, p. 13.

166 Gaceta del Congreso n.º 1002, año XIX, del 1º de diciembre de 2010, p. 32.

167 Gaceta del Congreso n.º 1117, año XIX, del 22 de diciembre de 2010, p. 1.

pecto de los cuales existían diferencias entre los senadores, o frente a los cuales se habían presentado proposiciones modificatorias o sustitutivas, con el fin de que tales normas fueran revisadas y discutidas por una subcomisión, a la cual se le asignó el encargo de llegar a un “*acuerdo político*” sobre el contenido y el texto de las mismas y presentar un informe a la Plenaria. Dentro de dicho grupo de disposiciones se incluyó el artículo 1º, junto con otros 24 artículos<sup>168</sup>.

La citada subcomisión presentó su informe a la Plenaria del Senado ese mismo día, manifestando que “*hemos llegado a un acuerdo en la totalidad de los artículos que se habían separado*”. Con relación al artículo 1º del proyecto, la única explicación que se dio fue la siguiente: “*En el artículo 1º, Presidente, voy a leer uno a uno, se propone una proposición supresiva (sic) en el sentido de suprimir la expresión así como sus equivalentes en otras jurisdicciones...*”. (Se resalta)<sup>169</sup>. Dicho informe se sometió a consideración del Senado en pleno, junto con el nuevo texto de los artículos que habían sido previamente separados, los cuales fueron aprobados por mayoría en segundo debate<sup>170</sup>.

De esta forma, la expresión “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*” desapareció del artículo 1º del proyecto de ley, y dicha frase no se volvió a incluir en el texto del proyecto ni a discutir durante todo el trámite legislativo.

El recuento efectuado permite observar que si bien la supresión de la citada expresión correspondió a una decisión política consciente o deliberada del legislador, no se dejó constancia de las razones de fondo que justificaron su eliminación.

Debido a lo anterior y a las razones adicionales que a continuación se explican, la Sala considera que la interpretación adecuada de dicha norma es aquella conforme a la cual la respectiva inhabilidad puede seguirse aplicando a las personas que sean declaradas responsables por la comisión de cualquiera de esos delitos por un juez extranjero:

Debe recordarse que la equivalencia entre los citados delitos y los delitos similares establecidos en otras jurisdicciones, fue una decisión adoptada por el legislador desde el año 2007, con la Ley 1150, en armonía con el artículo 122 de la Constitución Política, disposición que se encontraba prevista también en el proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 1474 de 2011, presentado por el Gobierno nacional.

Se trata, por tanto, de una norma jurídica o regla de derecho incorporada en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2007. En relación con este punto, la Sala considera necesario distinguir entre la norma jurídica o regla de derecho, como postulado ético (deber ser) de carácter obligatorio que refleja la voluntad del legislador en determinado sentido, y el texto del artículo o los artículos en donde dicha norma o regla se plasme. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico, la voluntad del legislador debe quedar consignada por escrito y publicarse, para que sea obligatoria, no puede confundirse la norma o regla de derecho, que representa la decisión adoptada por el legislador en cierto sentido, con el lugar y la forma en las cuales dicha decisión quede escrita, pues una misma norma o regla puede escribirse de muchas

168 *Gaceta del Congreso* n.º 77, año XX, del 10 de marzo de 2011, p. 35.

169 *Ídem*, p. 76.

170 *Ídem*, p. 80.

maneras, es decir, con diferentes palabras y formas o giros idiomáticos, y estar contenida en un solo artículo de cierta ley, en una parte del mismo, en varios artículos de la misma ley o, incluso, en artículos de leyes diferentes. Como lo sostiene García Máynez<sup>171</sup>:

*“(...) Si aplicamos las anteriores ideas al caso especial de la interpretación de la ley, podremos decir que interpretar esta es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los “artículos” de los Códigos.*

*Pero la expresión puede hallarse constituida, en su aspecto físico, por palabras habladas, e incluso por signos de otra especie (flechas indicadoras, señales luminosas, ademanes, etc.). Lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su significación”.*

En esa medida, la Sala se pregunta: ¿la supresión de la frase “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*”, en el texto del literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80, implica que se ha eliminado la regla de derecho conforme a la cual la inhabilidad consagrada en ese literal es aplicable también cuando la responsabilidad por delitos allí indicados sea declarada por una jurisdicción extranjera?

La Sala considera que no, porque, aparte de la expresión omitida, la norma jurídica o regla de derecho señalada puede deducirse de otras disposiciones y principios constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia.

Asimismo, la eliminación de la citada norma exigiría un proceso transparente, explícito y deliberativo por parte del legislador, en el que se dejara constancia clara y expresa sobre la voluntad del Congreso de la República en ese sentido y, especialmente, sobre los motivos, justificaciones o razones jurídicas o de conveniencia que fundamentaran ese cambio, así como de su relación con los objetivos perseguidos con el respectivo proyecto de ley.

Sin embargo, tal como se ha demostrado, la historia legislativa del proyecto que se convirtió en la Ley 1474, se muestra completamente huérfana de tales explicaciones o justificaciones, de forma tal que resulta imposible para el intérprete saber con certeza si la supresión de la expresión “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*” se debió a la decisión del legislador de reducir o limitar efectivamente el alcance de la citada inhabilidad o, por el contrario, a la simple intención de simplificar la redacción de la norma o, incluso, de solucionar ciertos aspectos que podían resultar difíciles o problemáticos en la aplicación del texto normativo anterior, como el de establecer a qué autoridad y de qué forma le corresponde hacer la equivalencia entre los delitos citados expresamente en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 y los delitos conocidos por otras jurisdicciones.

Por lo tanto, la Sala considera que de la eliminación de la citada frase dentro del trámite del proyecto de ley que se materializó con la Ley 1474 de 2011, no puede inferirse, en forma mecánica y simplista, que se suprimió también la regla de derecho consistente en que la inhabilidad consagrada en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 se aplica igualmente

171 E. GARCÍA MÁYNEZ, Introducción al Estudio del Derecho. México: Editorial Porrúa S. A. 1989, p. 327.

a los delitos equivalentes cometidos y juzgados en otras jurisdicciones, pues, como se indicó, no se conocen las razones por las cuales se efectuó dicha modificación, y aquella norma puede deducirse de otras disposiciones constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales suscritos por Colombia para prevenir y combatir la corrupción en la administración pública, como más adelante se verá.

Por otro lado, si se acogiera la interpretación según la cual fue voluntad del legislador limitar la inhabilidad que se comenta a los delitos investigados y juzgados en Colombia, tal entendimiento resultaría abiertamente opuesto a los propósitos que se persiguieron con la Ley 1474, tal como quedó consignado expresamente en la exposición de motivos presentada por el Gobierno nacional y en las diferentes ponencias. En efecto, la finalidad principal que se persiguió con este proyecto de ley fue la de “*introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo [por] subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente*”<sup>172</sup>. Asimismo, se trató de armonizar nuestra legislación, en los temas relacionados con la corrupción, con estándares internacionales consagrados en diversos tratados suscritos por Colombia sobre la materia y en las legislaciones de algunos países desarrollados. Por ejemplo, en la exposición de motivos se puede leer<sup>173</sup>:

*“G. Se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagradas en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presenten características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones... (...)”*

*H. Se realiza una serie de modificaciones para armonizar la legislación nacional con las convenciones internacionales, mejorar la técnica legislativa de algunas disposiciones y agravar algunas penas. (...) Se modifica el sujeto activo de la conducta del delito [de soborno] transnacional, en el sentido previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en la cual no se establece que este sea calificado como lo es en nuestra legislación. Asimismo, se incluye a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas entre quienes pueden ser objeto de soborno a cambio de realizar u omitir cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial...”.*

Igualmente, en el informe de ponencia para cuarto debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, se explicó así el objetivo general perseguido con este proyecto de ley<sup>174</sup>:

**“Objeto del proyecto.** *“La iniciativa objeto de estudio busca dotar al Estado de herramientas eficaces para luchar decididamente contra el flagelo de la corrupción. En ese orden de ideas el proyecto está dividido en varios capítulos que abordan distintos elementos de lo que debe ser una política integral en la materia”.* (Se destaca).

Como se observa, si la finalidad principal perseguida con el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1474 de 2011 fue la de fortalecer la lucha contra la corrupción, para lo cual se buscó

172 Gaceta del Congreso n.º 607, año XIX, del 7 de septiembre de 2010, p. 16.

173 Ídem, p. 18 y 19.

174 Gaceta del Congreso n.º 128, año XX, del 30 de marzo de 2011, p. 1.

actualizar y armonizar la legislación nacional con lo dispuesto en los tratados internacionales y en la normatividad de otros países, resultaría completamente ilógico e inexplicable concluir que mediante dicha ley el Congreso de la República decidió reducir y limitar a un ámbito netamente doméstico el alcance de la inhabilidad que ya consagraba, con carácter global, el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007.

La interpretación según la cual la inhabilidad consagrada en el artículo 8° numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993 comprende igualmente las condenas penales impuestas en otras jurisdicciones por conductas que son calificadas en Colombia como “delitos contra la Administración Pública” o “soborno transnacional”, armoniza igualmente con lo dispuesto en normas constitucionales y en algunos tratados internacionales suscritos por el Gobierno de Colombia y aprobados por el Congreso en materia de lucha contra la corrupción.

En efecto, vale la pena reiterar que el artículo 122 de la Carta Política, tal como fue modificado por los Actos Legislativos Nos. 1 de 2004 y 1 de 2009, contiene una inhabilidad para contratar con el Estado en cabeza de aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos que lesionen el patrimonio público, así como por aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico en Colombia **o en el exterior**. El texto resaltado permite observar cómo es directamente la Constitución la que establece que la declaración de responsabilidad penal por la comisión de ciertos delitos **en el exterior**, y no solamente dentro del país, genera inhabilidad para contratar con el Estado.

Aunque esos delitos son distintos de los mencionados actualmente en el artículo 8°, numeral 1°, literal j) de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, no hay duda de que esta última norma fue expedida con fundamento y en desarrollo del citado canon constitucional (aunque lo haya contrariado parcialmente, según lo declarado por la Corte Constitucional), así como de varios tratados internacionales suscritos por Colombia.

En lo que concierne a estos últimos, vale la pena recordar, por ejemplo, lo señalado en el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el sentido de que dicho fenómeno “...tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente”, y lo previsto en el artículo II del mismo tratado, cuando expresa que uno de sus objetivos es el de “*promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio*” (Se destaca).

Motivaciones y propósitos similares se hallan en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual vale la pena resaltar, además, lo dispuesto en sus artículos 26 y 34 (transcrito con anterioridad), por su mayor concreción, pertinencia y cercanía con el tema que se consulta. La primera de las normas citadas es del siguiente tenor:

*“Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas.*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.

Y el artículo 34, como se recordará, permite a los Estados parte adoptar las medidas necesarias para “eliminar las consecuencias de los actos de corrupción”, incluyendo la consideración de dicho fenómeno como “un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”.

Merece la pena recordar que esta convención fue aprobada por el Congreso pocos años antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, de lo cual puede inferirse que lo previsto en ese tratado fue tenido en cuenta por el legislador al momento de aprobar el artículo 18 de la citada ley, mediante el cual se estableció como causal de inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas la comisión de ciertos delitos en Colombia o en el exterior que son calificados en el citado convenio como actos de “corrupción”, entre ellos el soborno transnacional.

Y finalmente, los artículos 2º y 3º, numeral 4 de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, disponen lo siguiente:

“Artículo 2º. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS MORALES. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, **para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.**

Artículo 3º. SANCIONES. (...) 4. Cada Parte deberá considerar la imposición **de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero**”. (Negrillas fuera del texto).

La Sala reitera que ninguna de las disposiciones de las convenciones mencionadas establece que las sentencias penales dictadas por los jueces de un Estado parte, por delitos relacionados con la corrupción, tengan efectos jurídicos vinculantes y directos en los otros Estados partes, pero sí facultan y, más aun, instan a cada uno de dichos Estados para establecer en sus propias jurisdicciones sanciones adecuadas y eficaces para prevenir y castigar dichas conductas, en el campo penal, civil y **administrativo**, incluyendo las personas jurídicas o “morales” que de una u otra forma puedan ser consideradas también responsables de

dichas conductas. En esa medida, los citados instrumentos internacionales constituyen una valiosa herramienta para la interpretación y la integración de las normas jurídicas nacionales y, en este caso particular, para develar la verdadera inteligencia de lo dispuesto en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, resulta importante señalar que el Código Penal reconoce, por regla general, la validez y la eficacia de las sentencias penales dictadas en el extranjero. A este respecto, el artículo 17 *ibídem* dispone, en lo pertinente:

*Artículo 17. Sentencia extranjera. La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales. No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias que se pronuncien en el extranjero respecto de los delitos señalados en los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2. (...).” (Se resalta)<sup>175</sup>.*

La Sala resalta que el reconocimiento de las sentencias penales dictadas por otras jurisdicciones, que hace el artículo 17 del Código Penal, con las excepciones que la misma norma indica, en concordancia con las normas del Código de Procedimiento Penal, es “*para todos los efectos legales*”, entre los cuales se hallan los procesos de contratación y los contratos de las entidades estatales, y no solamente para efectos de la aplicación de las normas penales y de procedimiento penal.

Por todas las razones expresadas, la Sala considera que la inhabilidad prevista en la norma citada, aun después de la modificación realizada en su texto por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 y de la declaratoria de inexecutable parcial efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2012, se presenta no solamente cuando los jueces nacionales declaran la responsabilidad penal por la comisión de delitos contra la administración pública o el soborno transnacional, sino también cuando la responsabilidad por los mismos delitos es declarada **por jueces extranjeros**, por conductas cometidas total o parcialmente en el exterior.

La Sala no soslaya las dificultades prácticas que tal solución plantea, como la definición de los delitos que en el extranjero correspondan a los mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80, la manera de acreditar en el país la responsabilidad penal declarada por una autoridad judicial extranjera, el esclarecimiento de la relación que exista entre la persona natural condenada y la sociedad de la cual se afirma que es socia, la determinación de cuál es la matriz de dicha sociedad y cuáles son sus subordinadas, para establecer la relación que finalmente exista entre la persona natural condenada en el exterior y la sociedad que se encuentre participando en un proceso de contratación en Colombia, o que haya suscrito un contrato con alguna entidad pública del país.

<sup>175</sup> Es necesario aclarar que los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2 del Código Penal, a los cuales remite la norma citada, se refieren, en su orden a: (i) la persona que cometa un delito a bordo de una nave o aeronave del Estado o explotada por este, que se encuentre fuera del territorio nacional, y a quien cometa un delito a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional que se halle en altamar, si no se ha iniciado la acción penal en el exterior; (ii) la persona que cometa en el extranjero un delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social, excepto la conducta definida en el artículo 323 del mismo código (lavado de activos), contra la administración pública, quien falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelto o condenado en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana, y (iii) quien cometa un delito en el extranjero estando al servicio del Estado colombiano o gozando de inmunidad reconocida por el derecho internacional.

Sin embargo, ninguna de las dificultades sería suficiente para concluir, en contravía de la intención expresa e inequívocamente manifestada por el legislador al momento de expedir la Ley 1150 de 2007, de lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 122 y de los compromisos asumidos por el país en virtud de los tratados internacionales ratificados y aprobados por Colombia en materia de lucha contra la corrupción, que la citada causal de inhabilidad deba limitarse a un ámbito meramente local, es decir, que solo se aplique frente a sentencias condenatorias dictadas por jueces colombianos en relación con alguno de los delitos señalados en la norma citada.

Por último y para evitar confusiones, es importante aclarar que el delito denominado “soborno transnacional”, al cual se refieren tanto los tratados internacionales como la citada disposición legal, está tipificado hoy en día en el artículo 433 del Código Penal (tal como fue modificado por el artículo 30 de la Ley 1474 de 2011), en los siguientes términos:

*“Artículo 433. Soborno transnacional. El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Parágrafo: Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.*

Como se observa, este delito puede ser cometido dentro o fuera del país, pero resulta indispensable para su tipificación que el funcionario a quien se dé u ofrezca un beneficio o utilidad sea un “servidor público extranjero”, tal como aparece definido dicho concepto en el parágrafo de la misma norma, en armonía con el artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en el artículo 1º de la Convención de la OCDE sobre Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros. Por lo tanto, no podría incurrir en dicho delito, sino en otros (como el cohecho por dar u ofrecer, previsto en el artículo 407 del Código Penal), el colombiano que dé u ofrezca alguna prebenda a un servidor público nacional, con la finalidad de que cumpla cualquiera de sus funciones o se abstenga de hacerlo. Tampoco podría incurrir en este delito el extranjero que soborne o intente sobornar a un servidor público de su propio país, pues en dicho caso estaría incurrido en alguno de los delitos que consagra la legislación penal de ese Estado, y debería ser investigado y juzgado por su propia jurisdicción.

Así, aunque el “soborno transnacional” que consagra el Código Penal colombiano y los tratados internacionales referidos, es un buen ejemplo de la aplicación extraterritorial de la ley penal colombiana, pues la Fiscalía y los jueces colombianos pueden investigar y juzgar en este caso conductas que pueden haberse realizado completamente en el exterior, la Sala entiende que no es esta la situación que suscita la presente consulta, pues es claro que cualquier persona natural que sea **condenada por la justicia colombiana** por haber incurrido en



el delito de “soborno transnacional”, así como las sociedades en las que aquella sea socia, sus matrices y subordinadas (filiales y subsidiarias), quedarían inhabilitadas para contratar con cualquier entidad pública del país durante un período de veinte (20) años.

En cambio, el supuesto de hecho que da lugar a la consulta se refiere al de una persona natural, que puede ser colombiana o de otra nacionalidad, que sea declarada responsable **por la justicia de otro país**, por la comisión de alguno de los delitos que en Colombia son considerados contra la administración pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional. Sería el caso, para citar un ejemplo, de una persona natural que fuera condenada judicialmente en el Estado XX (diferente de Colombia), por la comisión del delito de cohecho o de peculado en ese país o en cualquier otro país del mundo distinto del nuestro.

### 3. El artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993

La otra norma citada en la consulta es el artículo 58, numeral 6° de la Ley 80 de 1993. Para su correcto entendimiento, la Sala considera necesario transcribir dicho artículo en su integridad:

*“Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:*

*1o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.*

*2o. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.*

*3o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. **A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.***

*4o. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria<sup>176</sup>.*

*5o. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio, que procederá de inme-*

176 La Corte Constitucional, en la sentencia C-004 de 1996, manifestó que esta norma debía entenderse derogada tácitamente y de forma parcial por la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único anterior), en cuanto a la facultad que otorgaba a la autoridad competente para suspender al servidor público contra el cual se hubiera dictado pliego de cargos.

diato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes. El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.

**6o. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual".** (Negrillas ajenas al texto).

Como se observa, el numeral 6º contiene tres (3) causales de inhabilidad para participar en procesos de contratación y contratar con entidades del Estado, que deben sumarse al catálogo de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Dichas causales son:

(i) En primer lugar, una inhabilidad transitoria para la persona jurídica de derecho privado cuyo representante legal haya sido cobijado por una medida de aseguramiento en firme relacionada con hechos u omisiones que se le imputen en desarrollo de su actividad contractual. Esta inhabilidad tendría una duración equivalente al tiempo que se mantenga dicha medida de aseguramiento.

(ii) En segundo lugar, una inhabilidad definitiva para la misma persona jurídica, por el término de diez (10) años, en el evento de que el representante legal de la misma sea condenado mediante sentencia judicial en firme.

(iii) Finalmente, una inhabilidad por el mismo plazo para la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable por hechos u omisiones relacionadas con su actividad contractual.

Ahora bien, para la correcta interpretación de esta norma es necesario, en primer lugar, ubicarla en el contexto de la Ley 80 de 1993. El artículo 58 forma parte del capítulo V de la citada ley, intitulado "*De la responsabilidad contractual*", dentro del cual se regula, entre otros temas, la responsabilidad de las entidades estatales (artículo 50), la responsabilidad de los servidores públicos (artículo 51), la responsabilidad de los contratistas (artículo 52), la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores (artículo 53), la acción de repetición (artículo 54), la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal (artículo 56), las sanciones (artículo 58) y el contenido de los actos sancionatorios (artículo 59).

Es evidente, por lo tanto, que el objeto de dicho capítulo es regular, en general, la responsabilidad jurídica patrimonial (civil y del Estado) y sancionatoria (penal y disciplinaria) de todas las personas naturales o jurídicas que participan en la actividad contractual, desde el inicio del proceso de selección hasta la terminación y liquidación de los contratos, pasando por su

celebración y ejecución. Dentro de dichas personas se incluyen las entidades estatales, sus servidores públicos, los contratistas, los interventores, los consultores y los asesores.

El numeral 6° del artículo 58 se relaciona, en particular, con la responsabilidad penal de los representantes legales de las personas jurídicas contratistas y con la responsabilidad civil de las mismas. Por lo tanto, para el correcto entendimiento de dicha disposición, es necesario tener en cuenta lo previsto en los artículos 52 y 56 de la Ley 80<sup>177</sup>, así como en los demás apartes del mismo artículo 58.

Como puede deducirse claramente de las normas citadas (incluyendo el artículo 58), dichas disposiciones regulan la responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial de las personas naturales y jurídicas que intervienen en la actividad contractual de las entidades públicas colombianas, ya sea que se realice totalmente en Colombia o parcialmente en el exterior, tales como las entidades estatales, los contratistas, los interventores etc., responsabilidad que debe ser investigada y establecida por las autoridades judiciales y administrativas competentes, como la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Procuraduría General de la Nación, las unidades de control disciplinario interno de las diferentes entidades, la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales etc., de acuerdo con las reglas de procedimiento que resulten aplicables.

Todas las normas mencionadas se refieren a la responsabilidad de quienes participen o intervengan en la actividad contractual. De acuerdo con el objeto que regula la Ley 80 de 1993 y con el principio de territorialidad de la ley colombiana, debe entenderse que se trata de la actividad contractual **de las entidades estatales de Colombia**, es decir, de los procesos de selección que las mismas desarrollen y de los contratos que celebren y ejecuten, bien sea con particulares o con otras entidades públicas. Específicamente, cuando tales disposiciones aluden a los contratistas, es evidente que se refieren a las personas naturales o jurídicas que **celebren contratos con entidades estatales colombianas**, independientemente de la nacionalidad que tengan aquellas personas y de si los respectivos contratos se celebran en Colombia o en el exterior, o si se ejecutan total o parcialmente en Colombia, pues dichos preceptos no podrían referirse a los contratistas de otros Estados o de sus entidades públicas.

Por lo tanto, es necesario partir de que las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 58 de la Ley 80 se refieren, en principio, a situaciones ocurridas en el país (incluyendo las respectivas decisiones judiciales y administrativas) y que solo tienen efectos dentro de las fronteras nacionales, a menos que la ley extranjera o los tratados internacionales les otorguen otros efectos<sup>178</sup>.

177 "Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7°o. de esta ley."

"Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos". (Resalta la Sala).

178 Específicamente en relación con las causales de inhabilidad contenidas en el numeral 6° de dicha norma, que, tal como se advirtió, son tres, no puede entenderse válidamente que la primera de ellas se presente por el hecho de que el representante legal de una persona jurídica de derecho privado que participe en un proceso de contratación en Colombia sea objeto de una medida de aseguramiento dictada en el exterior por un juez de otro país. Lo mismo debe concluirse de la inhabilidad de diez (10) años que se generaría por el hecho de que el citado representante legal sea condenado judicialmente por los delitos que se le imputen. Es decir, para que tal inhabilidad se presente, se requiere, en principio, que la sentencia penal condenatoria sea dictada por un juez colombiano y se relacione directamente con hechos u omisiones presentados en desarrollo de su actividad contractual frente a alguna entidad pública colombiana.

En apoyo de lo anterior, es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre con la inhabilidad contenida en el artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, a la cual se ha hecho referencia, en el caso de las inhabilidades consagradas en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, no hay elementos de juicio en la historia legislativa de esa disposición ni en los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, que permitan concluir que tales causales de inhabilidad son aplicables frente a medidas de aseguramiento, sentencias penales y civiles u otros hechos ocurridos en el exterior y sin ninguna vinculación directa con el Estado colombiano.

Ahora bien, en cuanto hace relación a la posibilidad de que la medida de aseguramiento o la sentencia sea proferida por un juez extranjero, la Sala reconoce que en virtud de la internacionalización del derecho penal, especialmente en relación con ciertos delitos que se consideran perjudiciales para los intereses de la comunidad internacional, como el narcotráfico, el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito y otras conductas calificadas como actos de corrupción, de lo cual constituyen un vivo ejemplo los tratados internacionales mencionados en este concepto, y de la globalización de la economía, es posible que un hecho ilícito cometido por un nacional domiciliado, domiciliado o que se encuentre en tránsito en otro país, o por un extranjero, en relación con la actividad contractual **de las entidades públicas en Colombia**, sea investigado y juzgado por una **autoridad judicial extranjera**.

Este sería el caso, para citar un ejemplo, de un extranjero a quien se le imputara en su país de origen, de domicilio o de residencia el delito de “soborno transnacional”, por el hecho de haber dado u ofrecido alguna prebenda o beneficio a un **servidor público colombiano**, para lograr la adjudicación de un contrato por parte de una entidad estatal del país, o para obtener alguna otra ventaja en un proceso de selección o en un contrato.

En dichos eventos, no resultaría válido concluir, invocando el principio de territorialidad de la ley colombiana, que la medida de aseguramiento en firme que se le dicte o la condena penal que se le llegue a imponer en otro país, no tenga efecto alguno en Colombia, cuando dicho nacional o extranjero funja como representante legal de una persona **jurídica que se**

---

Si no fuera así y pudiera concluirse, de manera general, que cualquier medida de aseguramiento o cualquier sentencia penal condenatoria dictada en el exterior contra una persona natural que funja como representante legal de una persona jurídica que participe en procesos de contratación o haya celebrado contratos en Colombia, por cualesquiera asuntos relacionados con la celebración o ejecución de contratos en el exterior, genere las inhabilidades previstas en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se estaría dando un alcance extraterritorial a la ley colombiana (en este caso a la Ley 80, en cuanto a los supuestos fácticos que generan las inhabilidades), o un alcance extraterritorial a la ley extranjera en Colombia (en cuanto a los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por jueces foráneos), ninguno de los cuales se encuentra previsto en las normas legales que se analizan ni en los tratados internacionales vigentes para Colombia en materia de lucha contra la corrupción.

Por otro lado, si este fuera el entendimiento de las citadas causales de inhabilidad, la coherencia que debe guardarse en la interpretación de las normas jurídicas exigiría utilizar la misma hermenéutica y llegar a similares conclusiones en relación con las otras inhabilidades previstas en el mismo numeral y en otras partes del artículo 58 de la Ley 80 de 1993.

Así, por ejemplo, habría que concluir que la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable en el exterior, por un juez o un tribunal de arbitramento extranjero, por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en otro país y frente a otro Estado, quedaría también inhabilitada por un término de 10 años para participar en procesos de contratación y celebrar contratos con entidades estatales colombianas (parte final del numeral 6º del artículo 58).

Igualmente quedarían inhabilitados para los mismos efectos y por el mismo tiempo, los servidores públicos extranjeros que sean declarados responsables civil o penalmente en sus respectivos países y por las autoridades competentes de estos, por la realización de cualesquiera delitos o hechos dañosos en sus propios Estados y contra los intereses de los mismos (artículo 58, numeral 3º).

O las entidades públicas colombianas que tuvieran conocimiento de una medida de aseguramiento dictada contra un particular en el exterior por un juez de otro país, por acciones u omisiones relacionadas con la actividad contractual de esa persona en dicho país, tendrían que informar sobre tal circunstancia a las cámaras de comercio colombianas, para que estas procedieran a inscribir la medida en los registros que administran (artículo 58, numeral 5º).

Lo absurdo de estos ejemplos y la imposibilidad práctica que existiría para su aplicación, refuerzan la consideración de que no puede darse efectos extraterritoriales generales al artículo 58 de la Ley 80 de 1993 ni a otras disposiciones que se relacionan con el mismo, pretendiendo hacer una simple equivalencia entre las medidas de aseguramiento dictadas por los jueces nacionales con las dictadas por los jueces extranjeros, las sentencias proferidas en Colombia con las sentencias y laudos arbitrales emitidos en el exterior, los contratistas de las entidades estatales colombianas con los contratistas de otros Estados, o la actividad contractual de las personas naturales y jurídicas en Colombia con la actividad contractual de las mismas personas en el exterior.

**encuentre participando en un proceso de contratación o haya celebrado un contrato con la Nación o con otra entidad pública colombiana**, pues el supuesto de hecho sobre el cual se basa este conjunto de normas de la Ley 80 de 1993 (incluyendo el artículo 58, numeral 6º), consiste en que las decisiones de las autoridades judiciales competentes se adopten en virtud de hechos u omisiones que se imputen a ciertas personas **en relación con su actuación contractual**, la cual, como ya se explicó, debe entenderse referida necesariamente **al Estado colombiano (dentro o fuera del país)**.

Recuérdese, además, que el artículo 17 del Código Penal reconoce, de forma general y con las excepciones previstas en la misma norma, la validez y la eficacia de las sentencias penales (absolutorias o condenatorias) dictadas en el extranjero, “*para todos los efectos legales*”, tal como se explicó en relación con la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993<sup>179</sup>.

La Sala considera que sostener que la inhabilidad descrita no pueda generarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria sea dictada por jueces extranjeros, aunque se refiera a **hechos delictivos cometidos en Colombia o en el exterior pero relacionados directamente con la actividad contractual del Estado colombiano**, supondría hacer una aplicación extrema del principio de territorialidad, que omitiría la existencia de elementos internos o nacionales en la situación que se describe, como la afectación que tales conductas producen a los intereses legítimos del Estado colombiano, desconocería los valores y las finalidades que se busca proteger perseguidas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y vulneraría el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ya que por los mismos hechos, que afectan en igual grado los intereses jurídicos del Estado colombiano, algunas personas jurídicas quedarían inhabilitadas para contratar con él y otras no, sin que existiera una razón suficientemente válida y convincente para justificar ese trato diferencial.

Por tales razones debe admitirse que, excepcionalmente, estas causales de inhabilidad pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tal decisión se fundamente en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman). Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad.

<sup>179</sup> Vale la pena aclarar, sin embargo, que la misma disposición legal, en armonía con lo preceptuado en los artículos 15 y 16 *ibidem*, establece algunos delitos en los cuales las sentencias penales dictadas en el exterior (ya sea absolutorias o condenatorias) no tienen efectos de cosa juzgada en el país, bajo el entendido de que tales delitos pueden y deben ser investigados y juzgados también por las autoridades judiciales colombianas, evento en el cual prevalecerían las decisiones que sean adoptadas por tales autoridades. En dichos casos, entonces, las entidades estatales contratantes tendrían que sujetarse a las actuaciones que realicen la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales, y atenerse a lo que las mismas autoridades decidan, para determinar la procedencia o no de esta causal de inhabilidad.

La Sala es consciente de que la aplicación de la causal referente a las medidas de aseguramiento adoptadas por funcionarios judiciales extranjeros, en los casos descritos, puede enfrentar algunas dificultades prácticas, debido principalmente a que tales decisiones forman parte del procedimiento penal y, en últimas, de la política criminal de cada Estado, por lo que la legislación de cada país es la llamada a establecer lo que se entiende por medidas de aseguramiento u otras instituciones equivalentes, los tipos o clases de medidas que pueden adoptarse, su procedencia dentro de la investigación o el proceso penal, el momento y la forma en que tales providencias quedan en firme, su vigencia y la manera de revocarlas o modificarlas, etc.

No obstante, en cada caso concreto, la existencia de tales decisiones, la firmeza de las mismas y su compatibilidad o equivalencia con las medidas de aseguramiento previstas en el Código de Procedimiento Penal colombiano, habrán de establecerse dentro de la actuación administrativa que lleven a cabo las entidades estatales con el fin de declarar la existencia de la respectiva inhabilidad y determinar sus efectos jurídicos, para lo cual deberá hacerse uso de los instrumentos de colaboración internacional que han sido explicados en precedencia, así como de los medios de prueba que regula el Código de Procedimiento Civil, por la remisión que hace al mismo el CPACA.

Por las razones anteriores debe admitirse que, excepcionalmente, las dos primeras causales de inhabilidad contenidas en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tales decisiones se fundamenten en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman).

Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad.

No sobra aclarar que si el delito por el cual es condenado en el extranjero el representante legal (persona natural) de una persona jurídica foránea es uno de aquellos mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, dicho individuo incurriría en la inhabilidad prevista en esta norma (por 20 años o en forma permanente, según el caso), mientras que la persona jurídica de derecho privado que aquel sujeto representa o representaba quedaría inhabilitada por diez (10) años, siempre que los hechos o las omisiones por los cuales sea condenado tengan relación directa con la actividad contractual ejercida por esa persona frente al Estado o las entidades públicas colombianas. De no ser así, es decir, si los hechos o las omisiones por las cuales es condenado penalmente no tienen relación directa con su actividad contractual frente al Estado colombiano, la inhabilidad cobijaría solamente a la respectiva persona natural (por 20 años o en forma permanente, según el caso), siempre que aquel individuo no sea, al mismo tiempo, socio de la entidad extranjera, pues en este último

caso la inhabilidad también afectaría (por 20 años) a la respectiva sociedad, a sus matrices y a sus subordinadas.

Finalmente, puede sostenerse algo similar a lo que se ha explicado, en relación con la tercera causal de inhabilidad consagrada en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80, en armonía con la parte final del numeral 3 del mismo artículo. En efecto, de acuerdo con dichas normas, quedan inhabilitadas para contratar con el Estado por un período de 10 años las personas naturales o jurídicas que sean declaradas responsables civilmente por hechos u omisiones que se les imputen en relación con su actuación contractual en Colombia o frente al Estado colombiano, lo cual exige, en principio, que dicha declaratoria de responsabilidad sea hecha por un juez o un tribunal de arbitramento nacional. Sin embargo, excepcionalmente, dicha inhabilidad puede darse cuando la declaratoria de responsabilidad sea efectuada por un tribunal de arbitramento internacional o extranjero, en virtud de una cláusula compromisoria que se haya estipulado válidamente en esos términos en un contrato estatal, e incluso, por un juez extranjero, si la entidad pública contratante ha decidido acudir a esa autoridad para declarar la responsabilidad del contratista, por encontrarse este domiciliado en otro país, o por haberse ejecutado el contrato en el exterior, o por otras circunstancias semejantes. Lo importante, en tales casos, es que la declaratoria de responsabilidad se refiera a hechos u omisiones relacionados directamente con la actividad contractual de la respectiva persona natural o jurídica contratista **frente al Estado colombiano**.

En virtud de lo expuesto, la Sala concluye que las causales de inhabilidad mencionadas en la consulta y previstas en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se presentan cuando un juez colombiano dicta medida de aseguramiento en firme o sentencia penal condenatoria en firme contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado (sin importar la nacionalidad de ninguno de ellos), por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano (incluyendo todas sus entidades, órganos y organismos); pero excepcionalmente pueden darse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a la misma se relacionen directamente con **la actividad contractual realizada por la persona natural investigada o condenada frente al Estado colombiano** (en Colombia o en el exterior), y la Fiscalía General de la Nación o los jueces penales colombianos no hayan avocado la investigación o el conocimiento de los mismos hechos.

#### 4. El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011

Esta norma dispone lo siguiente:

*“Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, **las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.***

*En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.*

*De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público”. (Subraya la Sala).*

La norma transcrita, junto con aquellas que le resultan concordantes, de índole penal y administrativo<sup>180</sup>, no consagran causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad para tratar con las entidades públicas.

Lo que dichas normas establecen es: (i) Por una parte, la facultad que se otorga a los jueces penales (colombianos) para que, en desarrollo de los procesos judiciales que lleven a cabo, puedan adoptar determinadas medidas transitorias (suspensión) o definitivas (cancelación) contra las personas jurídicas o los establecimientos de comercio respecto de los cuales existan motivos fundados para inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Tales medidas pueden adoptarse contra las personas jurídicas que “se hayan buscado beneficiar” de la comisión de delitos contra la administración pública o contra el patrimonio público, cometidos por sus representantes legales o administradores; y (ii) en segundo lugar, la potestad que se asigna a la Superintendencia de Sociedades para que imponga multas de hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando una sociedad “haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público”, con el consentimiento o la tolerancia de su representante legal o de alguno de sus administradores.

Como se aprecia claramente, las medidas preventivas y sancionatorias mencionadas, incluyendo la cancelación de la personería jurídica de las sociedades, solamente pueden ser adoptadas por los jueces penales colombianos o por la Superintendencia de Sociedades, según el caso, en el curso de los procesos judiciales y de las actuaciones administrativas que desarrollen, de acuerdo con las normas de procedimiento que resulten aplicables.

<sup>180</sup> La Ley 906 de 2004 contiene el Código de Procedimiento Penal que se aplica a la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 (artículo 533). El artículo 91 forma parte del título II (“Acción penal”), capítulo II (“Comiso”) dispone:

*“Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.*

*Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”. (Se resalta).*

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 222 de 1995 establece lo siguiente:

*“Artículo 86. Otras funciones. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:*

1. Unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control.
2. Dar apoyo en los asuntos de su competencia al sector empresarial y a los demás organismos del Estado.
3. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.
4. Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen de los hechos relacionados con la dirección, administración o fiscalización de las sociedades, de acuerdo a lo previsto en la ley.
5. Ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la ley.
6. Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en que haya lugar.
7. (Modificado por el artículo 151 del Decreto 19 de 2012). Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad...
8. Las demás que le asigne esta ley”. (Subrayas fuera del texto).



Resulta evidente, por lo tanto, que tales disposiciones legales no permiten de ninguna manera que la Nación o cualquier otra entidad pública colombiana que intervenga como contratante en un proceso de contratación o en un contrato, suspenda o cancele la sucursal de una sociedad extranjera, ni la personería jurídica de una sociedad colombiana que sea subordinada de una extranjera, ni mucho menos, la personería jurídica de una sociedad extranjera, por el hecho de que la respectiva sociedad, su matriz, o los representantes legales o administradores de una u otra estuvieren siendo investigados o fueren, incluso, condenados en el exterior por su participación en delitos contra la administración pública u otras conductas similares.

Tales medidas solamente podrían ser adoptadas por un juez penal colombiano, en desarrollo de un proceso que se lleve a cabo dentro del país, aunque el afectado con las mismas sea la sucursal de una sociedad extranjera o una sociedad colombiana constituida en el país por una sociedad del exterior. Naturalmente, si una de dichas medidas llegare a decretarse por un juez colombiano y quedare en firme, la respectiva sociedad extranjera (por intermedio de su sucursal) o la sociedad subordinada colombiana, no podrían seguir participando en ningún proceso de contratación ni podrían celebrar y ejecutar un contrato con una entidad estatal, mientras se mantenga la medida dictada en su contra, pero no por el hecho de estar incursas en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, sino por la simple pero importante razón de encontrarse en suspenso su personería jurídica o de haberse cancelado la misma, lo cual les impediría celebrar cualquier acto jurídico, no solamente con las entidades estatales colombianas sino con cualquier otra persona de derecho público o privado.

## 5. Recapitulación sobre las normas y causales de inhabilidad analizadas

El análisis jurídico que se ha efectuado hasta el momento, le permite a la Sala concluir que de las normas y causales de inhabilidad para contratar que se mencionan en la consulta, las únicas inhabilidades que podrían generarse por las decisiones que adopten **autoridades penales del exterior**, son las siguientes:

(i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011).

(ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al

Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

(i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011.

(ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.

(iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.

(iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

En este orden de ideas, la siguiente matriz resume lo expuesto por la Sala sobre la interpretación y aplicación de las citadas causales de inhabilidad:

Supuesto de hecho Artículo 8°, numeral 1, literal j) de la Ley 80	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Declaratoria judicial de responsabilidad por “ <i>delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos</i> ”.	Colombiana o extranjera	Persona natural que resulte condenada. Sociedades en las cuales sea socia (incluye sucursales). Sociedades matrices y subordinadas de aquellas. Salvo sociedades anónimas abiertas	Veinte (20) años, salvo que el delito afecte el patrimonio del Estado colombiano (caso en el cual la inhabilidad es permanente)

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (primera causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Haberse dictado “ <i>medida de aseguramiento en firme</i> ” al representante legal de una persona jurídica de derecho privado por “ <i>hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual</i> ” (frente al Estado colombiano).	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la medida de aseguramiento (incluye sucursales)	El mismo tiempo de duración de la medida de aseguramiento.

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (segunda causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Sentencia condenatoria (en firme) contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado por “ <i>hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual</i> ” (frente al Estado colombiano)	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la condena penal (incluye sucursales)	Diez años

## H. Consideración final

El análisis realizado por la Sala acerca de las inhabilidades, de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes y los instrumentos internacionales, que procuran prevenir, sancionar y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, permite llegar a la conclusión de que los supuestos de hecho referidos en la consulta pueden resultar enmarcados dentro de algunas de las causales de inhabilidad consagradas en el régimen vigente.

No obstante, se advierte la deficiencia de las normas actuales para precisar ciertas hipótesis que en el ámbito de la lucha contra la corrupción deberían generar inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, así como también resulta evidente la falta de desarrollo legal suficiente para dar eficacia plena a los principios constitucionales y a los compromisos asumidos por Colombia en virtud de los instrumentos internacionales analizados en este concepto.

De conformidad con las consideraciones que anteceden,

### LA SALA RESPONDE:

*1. En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano, ¿se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿Cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas en aquellos casos en que algunas de las conductas descritas sobrevenga durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución? De igual manera es preciso aclarar si en aquel caso en que la entidad estatal colombiana tenga régimen de contratación de derecho privado, ¿podría aplicar las mismas normas y derivar iguales consecuencias? En caso contrario, explicar ¿cuál sería el régimen aplicable?*

Teniendo en cuenta las hipótesis planteadas en la pregunta y según las consideraciones expuestas:

(i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).

(ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

(i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

(ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.

(iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.

(iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

No obstante, la circunstancia de que no se presente inhabilidad en estos casos, en manera alguna exime a las entidades estatales de la obligación de adoptar medidas para prevenir y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, en aplicación de los principios de buena fe, precaución, transparencia y moralidad, que tienen aplicación concreta en las diferentes etapas del proceso de contratación.

Así, entre otras medidas podrían adoptar las siguientes:

(i) En los estudios previos que sustentan la contratación: a) tipificar, estimar y asignar los riesgos para prevenir actos de corrupción; b) contemplar las medidas tendientes a verificar las calidades de los proponentes o futuros contratistas;

(ii) En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta: a) exigir la suscripción de “*pactos o compromisos de integridad*” y de la “*declaración de origen de fondos*”; b) identificar plenamente al proponente y verificar los datos pertinentes, de acuerdo con la prerrogativa de la entidad, y c) señalar expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero y, en consecuencia, exigir garantías suficientes que permitan mantener cubierta a la entidad en relación con este riesgo;

(iii) En las cláusulas contractuales: a) incorporar la obligación a cargo del contratista de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, así como la modificación del estado de los mencionados riesgos; b) con el fin de proteger los intereses de la administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal; c) estipular multas en los términos expuestos en este concepto.

Ahora bien, es posible que las causales de inhabilidad previstas en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y en el artículo

58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, sobrevengan durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución, caso en el cual deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 80 de 1993 o en el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, según el caso, en el sentido de que si la inhabilidad se presenta antes de la adjudicación se entenderá que el proponente renuncia a la propuesta; si acaece después de la adjudicación, se podrá revocar el acto; si sobreviene después del perfeccionamiento del contrato, cederá su posición contractual a un tercero, con autorización previa de la entidad.

Finalmente, cuando la entidad estatal colombiana tenga un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estará sometida en todo caso al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por lo tanto, en relación con dichas entidades, son aplicables las mismas consideraciones y conclusiones expresadas en este concepto, incluyendo lo dicho en la presente respuesta.

*2. ¿En el caso de que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y esta o su sucursal constituida en Colombia se asocie en consorcio, unión temporal o sociedad futura con una persona natural o jurídica colombiana para participar en un proceso de selección con el Estado colombiano, debe ser declarada como inhabilitada para participar en el proceso o para contratar, con arreglo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en nuestra legislación?*

En el caso en el cual el proponente, adjudicatario o contratista resultare incurso en una de las causales de inhabilidad previstas en el artículo 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, y en el artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, se presentarán las siguientes consecuencias:

(i) En relación con el proponente que se asocie en consorcio, unión temporal o “*sociedad futura*”, con una persona natural o jurídica colombiana para participar en un proceso de selección con el Estado colombiano, y resulte inhabilitado, se entenderá que “*renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo*” (inciso 2 del artículo 9° de la Ley 80 de 1993).

(ii) Si la inhabilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción, habrá lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9° de la Ley 1150 de 2007).

(iii) Si la inhabilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal, el contratista que hubiere parte y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad (inciso 3 del artículo 9° de la Ley 80 de 1993).

(iv) Todo lo anterior se predica también de las sociedades que se constituyan con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, así como de la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación (“sociedad futura”), puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7° de la Ley 80 de 1993).

*3. Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, la Convención de la ONU y/o de la OEA, ¿existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de éstos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?*

La Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de la ONU contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción no establecen directamente inhabilidades para los proponentes ni para las sucursales de estos constituidas en Colombia, en lo que hace a contratar con el Estado, en caso de que se hayan visto envueltos en actos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública en otros países.

No obstante, la incorporación de los convenios internacionales de lucha contra la corrupción al ordenamiento interno colombiano, vincula a las autoridades nacionales para que apliquen controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal, y prevengan que esa actividad sea vehículo de actos de corrupción o se vea afectada por estos. Por último, debe subrayarse que sustentan la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tal como se desprende de la argumentación desarrollada en este concepto.

*4. En el caso [de] que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y se le haya adjudicado un contrato estatal, ¿puede la Entidad contratante requerir nuevas garantías al contratista para amparar el aumento de nivel de riesgo?*

Sí. En el evento de que las condiciones de riesgo a las que se encuentra sometido un contrato estatal, en particular el riesgo de corrupción o el riesgo financiero, se hayan modificado entre el inicio del proceso de selección y la adjudicación, o entre esta y la suscripción del contrato, o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante, que permitan mantener cubierto el estado del riesgo en todas las etapas de la actividad contractual, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y 7 de la Ley 1150 de 2007, 27 de la Ley 80 de 1993 y 73 de la Ley 1474 de 2011, así como en el Decreto 2641 de 2012 y en el Decreto 1082 de 2015, en concordancia con los principios de buena fe, planeación y precaución en la contratación estatal.

Si el representante legal de una sociedad extranjera, sus miembros de Junta Directiva o socios tienen una condena penal en firme por la comisión de delitos contra la Administración

Pública o soborno transnacional en el exterior, ¿qué autoridad es competente para tramitar el exequátur para darle validez jurídica a la sentencia judicial en el marco del ordenamiento jurídico colombiano? ¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?

Dentro del marco de la consulta formulada, el exequatur no es trámite procesal necesario para obtener la información de las sentencias judiciales proferidas por autoridades extranjeras, con la finalidad de configurar las inhabilidades analizadas o para adoptar las medidas de prevención sugeridas en este concepto.

Los documentos e informaciones en los cuales se haga constar el contenido y la firmeza de las decisiones judiciales emitidas en el extranjero, pueden obtenerse con base en los instrumentos internacionales mencionados en este concepto, así como en las normas procesales y probatorias del derecho colombiano que resulten pertinentes. En el mismo sentido se procederá para obtener los antecedentes disciplinarios o fiscales provenientes del exterior que se requieran.

En efecto, los mecanismos de cooperación internacional analizados no están limitados exclusivamente al ámbito de investigación y juzgamiento penal, sino que pueden ser utilizados para obtener datos relevantes que incidan en las actuaciones administrativas contractuales (artículo 77 de la Ley 80 de 1993; artículos 2 y 40 del CPACA; artículos 116, 251, 259, 260, 262 del C. P. C.; artículos 243 y 251 del CGP; artículo 17 del Código Penal; artículos 427 y 485 del C. P. P. y Ley 455 de 1998).

Remítase a la señora Ministra de Transporte 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.



#### 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.

##### Radicado 2264

Fecha: 27/08/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 29 de marzo de 2016

El señor Ministro de Hacienda formula diferentes interrogantes a la Sala de Consulta y Servicio Civil en relación con las consecuencias que acarrearían, en los procesos de contratación estatal del Fondo Adaptación, las condenas, medidas de aseguramiento e investigaciones que las autoridades de un país extranjero impusieren o adelantaren, según el caso, en contra de una persona jurídica extranjera, o de las personas naturales que se desempeñen como sus representantes legales, miembros de junta directiva o socios, por la comisión en el extranjero de delitos contra la administración pública, soborno transnacional, o infracciones disciplinarias o fiscales.

En concreto, pregunta si lo anterior podría, de acuerdo con las normas nacionales y con los tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia, configurarse como una causal de inhabilidad o incompatibilidad para que la persona jurídica extranjera o la sucursal constituida en Colombia contrate con el Fondo Adaptación, de acuerdo con los siguientes:

### I. Antecedentes

En el año 2010 se presentó un desastre natural en todo el territorio nacional, especialmente en las regiones Caribe, Andina y Pacífica, como consecuencia del fenómeno meteorológico denominado La Niña, asociado al cambio climático y a la caída de lluvias torrenciales.

El Fondo Adaptación fue creado para atender los resultados adversos del fenómeno y, entre otras cosas, para gestionar y ejecutar proyectos tendientes a la recuperación y construcción de infraestructura en las zonas afectadas. La entidad cuenta con personería jurídica, sus recursos son de naturaleza pública, está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y hace parte del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Decreto 4819 de 2010); el régimen de contratación al cual se encuentra sometido es el derecho privado y tiene la facultad de incluir las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación, modificación y caducidad; está sujeto a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como también al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal (Ley 1753 de 2015, artículo 155; Ley 1753 de 2015, artículo 155; Decreto 1068 de 2015, artículo 2.13.1.1).

Las modalidades de selección aplicables al Fondo Adaptación son (i) invitación abierta: se formula invitación pública cuando el monto de la contratación es igual o superior a 132.000 smmlv; (ii) invitación cerrada: se formula invitación a dos oferentes que cumplan los requeri-

mientos financieros, de organización y experiencia específica cuando el monto sea superior a 1.000 smmlv e inferior a 132.000 smmlv; (iii) contratación directa: opera frente a diferentes supuestos de hecho, entre otros: cuantía igual o inferior a 1.000 smmlv, actividades científicas o tecnológicas, prestación de servicios, consultoría, arrendamiento, comodato, adquisición de inmuebles (Decreto 203 de 2015; Decreto 1068 de 2015, artículo 2.13.1.1; Resolución Interna del Fondo Adaptación 095, artículo 17).

El Fondo Adaptación está llevando a cabo el proceso de Invitación Abierta n.º 001 de 2015 para la construcción de la interconexión vial Yatí-Bodega en el departamento de Bolívar y dentro de los proponentes que se encuentran habilitados aparece la sucursal colombiana de la sociedad Hidalgo e Hidalgo S. A. En relación con esta sociedad, los medios de comunicación han informado de presuntos casos de corrupción en el exterior que involucrarían la responsabilidad de los administradores, socios y/o apoderados de sus matrices y sucursales en el exterior, así como de la adopción en su contra de *“medidas de aseguramiento (detención preventiva) por el pago de sobornos para obtener beneficios en procesos de contratación con entidades públicas de dichos países”*.

Las normas nacionales prescriben que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos, *“las personas que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o soborno transnacional”* y que la inhabilidad *“se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas”* (artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).

Ahora bien, no solo respecto de las condenas penales se predicen efectos en la contratación estatal, sino también de las medidas de aseguramiento, puesto que cuando el representante legal de una persona jurídica de derecho privado sea sometido a una de tales medidas por su actuación contractual, esta última queda inhabilitada para proponer y celebrar contratos con el Estado por el término de duración de la medida (artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993). En el supuesto caso en el que fuere condenado, la persona jurídica de derecho privado quedará inhabilitada para proponer y contratar con entidades estatales por espacio de diez años, así como también lo estará y por idéntico término, si aquella resultare declarada civilmente responsable (artículo 58, numeral 6 ibídem).

El Estatuto Anticorrupción determina que las personas jurídicas que hayan procurado algún beneficio de los delitos cometidos contra la administración y el patrimonio público, están sometidas a las medidas de suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, las cuales tendrán carácter definitivo cuando se profiera sentencia condenatoria (artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 91 de la Ley 906 de 2004).

Si las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinieren una vez suscrito el contrato estatal, el contratista afectado deberá cederlo a un tercero, previa autorización de la entidad, o renunciar a su ejecución, si no fuere posible. Si la inhabilidad sobreviniere en la etapa de presentación de propuestas, se entenderá que el proponente renuncia a su participación en el proceso (artículo 9º de la Ley 80 de 1993).

Colombia hace parte de diferentes convenciones, convenios y tratados internacionales, que procuran la cooperación de la comunidad internacional en contra de la corrupción. En tal sentido, resulta necesario establecer si la Convención contra el Cohecho Transnacional de la OCDE, en aquellos casos en los que autoridades extranjeras profieren medidas de aseguramiento o condenas en contra de personas tienen la calidad de socios o de representantes legales de sociedades del extranjero, inhabilita a las sociedades en Colombia que pertenezcan a los conglomerados empresariales respectivos para contratar con entidades estatales, de acuerdo con las normas nacionales. Igualmente, se debe precisar si en el marco de esta convención y de la Convención de Lucha contra la Corrupción de las Naciones Unidas, las entidades estatales colombianas pueden pedir cooperación internacional para establecer la existencia de sentencias penales condenatorias o medidas de aseguramiento proferidas por autoridades extranjeras, que pudieran inhabilitar a proponentes o contratistas del Estado.

Habida cuenta de lo expuesto, el señor ministro formuló las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano con régimen privado de contratación, ¿se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿Cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas en aquellos casos en que alguna de las conductas descritas sobrevenga durante el desarrollo del proceso de selección antes de la selección de contratista, con posterioridad a la aceptación de la oferta o a la firma del contrato o durante su ejecución? En caso contrario, explicar ¿cuál sería el régimen aplicable?*

2. *¿Se podría aceptar la oferta a un proponente que en este momento tiene una presunta investigación o una investigación penal en curso en un país extranjero? En el evento de que la respuesta sea negativa, ¿cuáles serían los fundamentos para no aceptar la oferta?*

3. *Siendo el Fondo Adaptación una Entidad Pública con régimen de derecho privado, ¿puede declarar la inhabilidad sobreviniente a un contratista, por un fallo en firme de una Entidad Jurisdiccional Extranjera? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿bajo qué instrumento jurídico se declararía esa inhabilidad, teniendo en cuenta el régimen privado de contratación?*

4. *Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, ¿existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de estos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?*

5. *¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales avalados por el Estado colombiano, para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

La Sala advierte que la consulta que ahora absuelve está integrada por un contenido similar en unas partes e idéntico en otras, al concepto que rindió el día 10 de agosto de 2015 al Ministerio de Transporte, bajo la referencia 2260, puesto que las preguntas y los problemas jurídicos planteados ahora y entonces guardan congruencia.

Tal como se puede apreciar en las preguntas, la consulta está dirigida a las inhabilidades e incompatibilidades en los procesos de selección y en los contratos que celebre el Fondo Adaptación, de manera que el concepto abarcará el problema jurídico que a continuación se formula, tanto desde la perspectiva de las entidades que están sometidas al régimen comprendido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como desde el punto de vista de las entidades exceptuadas por disposición legal de la aplicación íntegra del mencionado régimen, porque están sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado.

### I. Problema jurídico

El problema jurídico principal que se plantea en la consulta hace referencia a cuáles son los efectos que actos de corrupción cometidos en el extranjero por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, producen sobre los procesos de selección que tales personas, sus sucursales, matrices o subsidiarias, adelanten frente a las entidades del Estado colombiano, o sobre los contratos que celebren, bien sea que las entidades se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, tal como es el caso del Fondo Adaptación. Asimismo, el problema jurídico comprende la definición de cuáles son las herramientas con las que cuenta el Estado colombiano para prevenir, sancionar y conjurar los actos de corrupción y sus consecuencias en la contratación estatal, en el contexto de una economía globalizada e integrada.

Por supuesto, se advierte que en este problema jurídico principal están involucrados diversos problemas jurídicos específicos, cuyo análisis permitirá absolver las preguntas formuladas en la consulta.

Con base en lo anterior, la Sala considera necesario estudiar, en su orden, los siguientes aspectos: (i) Ubicación del tema; (ii) Marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción; (iii) Principios constitucionales y legales que permiten prevenir la corrupción en la contratación estatal; (iv) Los riesgos previsibles en la contratación: el de corrupción, uno de ellos y la mitigación del riesgo a través de las garantías contractuales; (v) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; (vi) Interpretación y aplicación de las normas y causales de inhabilidad invocadas en la consulta; (vii) Consideración final.

### II. Ubicación del tema

La globalización<sup>1</sup> ha traído de la mano la cesión de espacios de soberanía al ámbito supra nacional. En tal sentido, así como la economía lícita y formal se ha extendido más allá de las

1 C. MICHALET, *La Mondialisation du Droit - Les Metamorphoses de la Mondialisation, une Approche Economique*, Université de Bourgogne-CNRS, pág. 12, vol. 19, Litec, Paris, 2000. "...una de las etapas (etapa actual) del desarrollo del fenómeno de la mundialización como parte integrante de la teoría capitalista.

fronteras propias de los Estados, también se han globalizado las manifestaciones delictivas, entre ellas la corrupción. En palabras de FERRAJOLI:

*“Uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad “global” o “globalizada”, en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía: es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino, a la par de las actividades económicas de las grandes corporations multinacionales, a nivel transnacional o incluso planetario”<sup>2</sup>.*

En efecto, la corrupción no es un problema local sino que ha asumido la forma de un fenómeno transnacional que produce consecuencias en todas las economías, de donde emerge la cooperación internacional como herramienta indispensable para prevenirla, combatirla y corregir sus efectos de manera eficaz.

En este sentido la corrupción es una de las principales amenazas contra los Estados, toda vez que vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública; también la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado, afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y su funcionamiento<sup>3</sup>, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad.

Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos, disminuye las tasas de retorno, obstaculiza el comercio internacional, aumenta los precios de los bienes y servicios y reduce su volumen y calidad<sup>4</sup>.

El Documento Conpes 167 de 2013 *“Estrategia nacional de la política pública integral anti-corrupción”* entiende la corrupción en el contexto de las instituciones públicas como *“el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado. Esto implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos o privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos”*.

---

*Caracterizada por la importancia de la dimensión financiera y la intensificación de los procesos de integración entre las economías nacionales como resultado del aumento de los intercambios comerciales, de los flujos de inversión extranjera directa y de los movimientos de ‘delocalización’ industrial de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI” (resalta la Sala).*

2. L. Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, en *Estudios de Derecho*, Volumen LXV, n.º 145, Universidad de Antioquia, junio de 2008, p. 16-29. El autor manifiesta que la globalización, en tanto que escenario dentro del cual se manifiesta la corrupción, pone de presente *“la impotencia del derecho, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización”, lo que implica “un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas”*.
3. J. Rincón “Globalización y Derecho Administrativo” en *Quaestiones Iuridicae* 29, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, disponible en [http://works.bepress.com/javier\\_rincon\\_salcedo/2](http://works.bepress.com/javier_rincon_salcedo/2) *“...la teoría del proper governance (buen gobierno) como política desarrollada por los organismos económicos internacionales que impulsan la globalización, no solo influye de manera directa en la producción de las políticas públicas de los diferentes estados y lógicamente obliga los mismos a variar por ejemplo, sus niveles de inversión o de endeudamiento, sino que también los obliga a variar sus procedimientos internos en materia de control de la corrupción, de contratación pública” (resalta la Sala).*
4. F. Caparros, y N. Rodríguez (coord.), *“La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar”*; Ratio Legis, Salamanca, 2004. *“La corrupción facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos. La eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa”*.

Uno de los campos más vulnerables para la ocurrencia de actos de corrupción es la contratación estatal, como quiera que constituye una de las modalidades más importantes de gestión, que compromete el patrimonio y los recursos públicos. La confianza en los proponentes y los contratistas del Estado, habida consideración de su condición de colaboradores de la Administración, así como la diligencia y prudencia en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y del interés público que se persigue con la contratación estatal, demanda de la Administración la toma de las medidas necesarias para prevenir, sancionar y conjurar actos de corrupción.

En tal sentido, la pérdida de la confianza en dichos colaboradores trae aparejada la posibilidad de que se materialicen los riesgos de la actividad contractual estatal, entre otros, el reputacional, el legal y el financiero, que pueden conducir, en últimas, a la afectación negativa de los recursos públicos y de la legitimidad de las instituciones.

En ese orden de ideas, al tratarse de un fenómeno transnacional, existe no solo una conciencia colectiva respecto de los efectos negativos de la corrupción, sino un frente común de los Estados para combatirla, lo que ha dado lugar a un marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción, que la Sala considera pertinente analizar.

## **II. Marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción**

En la actualidad el Estado colombiano se encuentra vinculado por al menos tres instrumentos de derecho internacional de lucha contra la corrupción. En efecto, los siguientes tratados se encuentran vigentes a nivel internacional, fueron aprobados por el Congreso de la República mediante ley y declarados exequibles por la Corte Constitucional al surtir la respectiva revisión, por lo cual hacen parte del ordenamiento jurídico interno:

### **2. Los tratados internacionales de prevención y sanción de la corrupción y su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano**

#### **2.6 Ley 412 de 1997, “por la cual se aprueba la ‘Convención Interamericana contra la Corrupción’, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis”**

Dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C – 397 de 1998; su importancia para este concepto radica en que en el artículo VI definió “actos de corrupción” como la realización de cualquiera de las siguientes conductas:

*“Artículo VI. ACTOS DE CORRUPCIÓN.*

*1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:*

*a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*

b) *El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*

c) *La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;*

d) *El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y*

e) *La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. (...)*”

Adicionalmente, los artículos VIII y IX de la Convención disponen que “Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de **soborno transnacional**, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención”, y “Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de **enriquecimiento ilícito**, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención”, respectivamente<sup>5</sup>. (Resalta la Sala).

Así las cosas, ante la existencia de la citada convención, la ley aprobatoria de la misma y la exequibilidad declarada por la Corte Constitucional, es procedente sostener que la locución “actos de corrupción” hace parte del ordenamiento jurídico colombiano y tiene plenos efectos prácticos en el derecho interno<sup>6</sup>.

En el anterior contexto, es preciso señalar que el artículo IV de dicha Convención dispone: “Ámbito. La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte”. De esta manera, la prevención y sanción de los “actos de corrupción” es un deber de las autoridades públicas colombianas por expresa disposición de la Ley 412 de 1997, en concordancia con los artículos 4, 6, 9 y 121 de la

5 El Código Penal Colombiano tipifica en los artículos 327 y 412 los punibles de enriquecimiento ilícito de particulares y del enriquecimiento ilícito, respectivamente, a saber:

“**Artículo 327.** *Enriquecimiento ilícito de particulares. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

“**Artículo 412.** *Enriquecimiento ilícito. Modificado por el art. 29, Ley 1474 de 2011. El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses*”.

6 Corte Constitucional, sentencia C – 084 de 2013. La Corte le dio plena aplicación al concepto de corrupción derivado de la Convención al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 11 de la Ley 1474 de 2011, por la supuesta violación de los principios de legalidad y tipicidad, al establecerse una sanción penal por ocultar o encubrir un acto de corrupción. La Corte, luego de citar en sus consideraciones el artículo VI de la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, declaró exequible la disposición demandada y sostuvo: “... el contenido de la expresión ‘corrupción’, se encuentra tanto en la misma Ley 1474 de 2011, como en otras normas de carácter legal que han definido actos de corrupción. Por lo que no se está ante un aspecto oscuro e impreciso que no permita discernir cuál es la conducta reprochada penalmente”. Análogo razonamiento fue realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C – 434 de 2013 al resolver la demanda contra el parágrafo 2° del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, declarándolo exequible para lo cual acudió a la noción “actos de corrupción” señalada en la “Convención Interamericana contra la Corrupción”.

Constitución Política, cuando quiera que dichos actos se cometan o sus efectos se produzcan en Colombia.

### **2.7 Ley 970 de 2005, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas”**

La Ley 970 de 2005 y la Convención de la ONU (en adelante la Convención), fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-172 de 2006<sup>7</sup>, donde advierte que su contenido es análogo a lo previsto en Convención Interamericana contra la Corrupción.

El preámbulo de la Convención de la ONU es plenamente concordante con lo expuesto por la Sala en la “*Ubicación del tema*” de este concepto, toda vez que pone de presente la preocupación que asiste a los Estados Parte respecto de la corrupción, en su condición de fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías y que exige la cooperación internacional para su prevención y sanción<sup>8</sup>.

Como puede advertirse, la Convención de la ONU está en consonancia con los principios de la función administrativa que consagra el artículo 209 de la Constitución Política y, por lo mismo, tales principios sirven de fundamento para la prevención de los actos de corrupción, en los términos en que se desarrollarán en el capítulo siguiente.

Esto último resulta aún más contundente si se observa que la Convención establece medidas para prevenir los actos de corrupción en el ámbito de colaboración entre el sector público y privado, como lo es la contratación estatal. En efecto, de acuerdo con el artículo 12, numeral 2, literal b, los Estados deben:

*“Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado”.* (Se resalta).

Por consiguiente, la Convención de la ONU promueve la aplicación de controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal para prevenir que esa actividad sirva de vehículo para actos de corrupción<sup>9</sup>.

7 Indica la Corte Constitucional que: “Las prácticas de corrupción desde luego son contrarias y nugatorias de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ellas se oponen a la realización efectiva de los mismos y los debilitan al punto de afectar gravemente el interés general. En todos los casos y sin importar la forma en que se mire, la corrupción agrava la desigualdad. Al producir ese efecto, siembra las semillas de tensiones sociales y políticas, amenaza la propia estructura de la sociedad y mina la eficacia del Estado y la legitimidad política de los gobiernos...”.

8 Se observa en el preámbulo que los Estados parte han tenido en consideración para efectos de la Convención, entre otros, los siguientes elementos: (i) la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley; (ii) los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, y (iii) los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-172 de 2006: “...el tratamiento de la corrupción resulta incompleto si no incorpora medidas adecuadas y suficientes que garanticen las buenas prácticas de las empresas que interactúan permanentemente en la actividad estatal. La experiencia demuestra que distintos



Para la Sala es claro que los mecanismos que señala la Convención, en concordancia con los principios constitucionales de la función administrativa, permiten a las entidades estatales acudir, entre otros instrumentos, a solicitar y suscribir “*compromisos de integridad*”, con el fin de que tales proponentes o contratistas, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados declaren formalmente que no se encuentran comprometidos ni se involucrarán en actos de corrupción. En la misma línea se encuentra la exigencia de “*declaraciones de origen de fondos*”, para prevenir que recursos de origen ilícito apalancen la ejecución de los contratos estatales, aspectos sobre los cuales volverá la Sala más adelante. Ejemplo concreto de la correspondencia entre los instrumentos previstos en el derecho interno y la Convención de la ONU, lo constituye el artículo 34 de esta última:

*“Artículo 34. Consecuencias de los actos de corrupción. Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”* (Resalta la Sala).

De acuerdo con la anterior disposición recuerda la Sala que el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007<sup>10</sup> permite la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por “*medios ilegales*”, por lo que de conformidad la norma transcrita, podrá sostenerse que los “*actos de corrupción*” se enmarcan dentro de la noción de “*medios ilegales*” y, por lo mismo, la entidad estatal estará facultada para proceder con la mencionada revocatoria.

Si bien aspectos como los indicados en precedencia sustentan determinaciones para prevenir la corrupción que van aparejadas con el derecho interno, no es menos cierto que en otros ámbitos la Convención de la ONU defiende al derecho interno aspectos tales como la determinación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por su participación en delitos tipificados en la citada convención (artículo 26), así como el establecimiento de inhabilidades por dicha responsabilidad (artículo 30, numeral 7).

## **2.8. Ley 1573 de 2012, “por medio de la cual se aprueba la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”**

El citado instrumento, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-944 de 2012, enfatiza en la tipificación y sanción penal del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros y defiende al derecho interno la responsabilidad de personas jurídicas y la correspondiente sanción penal, así como la posibilidad de imponer sanciones monetarias, civiles o administrativas (artículos 2° y 3°). En parte alguna de la convención se establece

---

escenarios de la **función pública**, como es el caso de la **contratación**, resultan con frecuencia relacionados con actos de corrupción ocasionados, la mayoría de las veces, por la **ausencia de controles** efectivos a la actuación de los particulares que concurren en tales procesos. En consecuencia, las previsiones de la Convención que introducen la posibilidad que los Estados Parte incorporen en sus legislaciones mecanismos de control contable, **códigos de buenas prácticas comerciales y transparencia en el manejo de la información** están en plena armonía con los principios que gobiernan el ejercicio de la función administrativa”. (Se resalta).

10 “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”.

directamente inhabilidad para contratistas del Estado por su participación en el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, y por lo mismo, tal aspecto queda igualmente deferido al derecho interno.

Ahora, la citada Convención contra el Cohecho, al igual que los instrumentos analizados en precedencia, sí establece mecanismos de cooperación internacional, como se verá enseguida.

La colaboración internacional en la lucha contra la corrupción: mecanismos específicos de solicitud de información y pruebas, y medios tradicionales del derecho interno de los países

La cooperación de los diferentes países se impone como instrumento clave para la prevención y sanción de la corrupción transnacional. Al respecto obran instrumentos de naturaleza internacional y de creación específica que persiguen esa finalidad, así como otros que se ubican tradicionalmente en el derecho interno de las naciones y que a pesar de no estar diseñados para enfrentar la corrupción como tarea exclusiva, en función de las circunstancias precisas del caso, pueden constituir un elemento eficaz para actuar en su contra, tal como es el caso de la validez de sentencias extranjeras en Colombia y el exequatur.

### 3.1. Convención Interamericana contra la Corrupción

Fundamentalmente se aprecian tres disposiciones que permiten la cooperación entre los Estados parte de la convención, a saber:

*“Artículo XIV. ASISTENCIA Y COOPERACIÓN. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.*

*Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción”.*

Aunque en principio la norma parece establecer que son las autoridades de investigación y juzgamiento penal las encargadas de solicitar o tramitar las solicitudes de cooperación, el artículo XVIII de la Convención señala:

*“Artículo XVIII. Autoridades centrales. Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos. Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención. Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención”.*

Se evidencia con la norma transcrita que es el Estado parte el que, a su juicio, deberá designar “*las autoridades centrales*” que formularán y recibirán las solicitudes de asistencia y cooperación para la lucha contra la corrupción, sin que tales autoridades estén limitadas a las de investigación y juzgamiento penal.

En este sentido la Sala sugiere al ministerio consultante acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores para determinar la entidad u organismo nacional que funge como “*autoridad central*” para los fines de dicha convención y canalizar por esa vía las solicitudes de asistencia o cooperación internacional.

Ahora, frente a la solicitud de antecedentes disciplinarios o fiscales por actos de corrupción la Convención guarda silencio, pero no descarta la Sala que dentro del contexto de que los Estados parte “*se prestarán la más amplia asistencia recíproca*” y la aplicación del principio de buena fe, fundante de las relaciones internacionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la autoridad central Colombiana pueda requerir dicha información.

### **3.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**

La Convención tiene un capítulo específico sobre cooperación internacional compuesto por 8 artículos. La Sala destaca que, en principio, dichas disposiciones están referidas a la investigación y sanción de los delitos tipificados como actos de corrupción, facilitando la cooperación entre las autoridades competentes, en particular a través de la asistencia judicial recíproca prevista en el artículo 46 de la Convención. No obstante, se estima que el capítulo sobre cooperación internacional no descarta que esta pueda darse entre autoridades diferentes a las de investigación y juzgamiento penal, con base en las siguientes normas:

*“CAPÍTULO IV. Cooperación internacional.*

*Artículo 43. Cooperación internacional*

*1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción”.*

La norma transcrita permite que dentro del contexto de la cooperación internacional contemplada en la Convención de la ONU, dicha cooperación también se preste para investigaciones y procedimientos administrativos, como sería conocer la información de proponentes o contratistas que participen en un proceso de selección, o hayan celebrado un contrato estatal, respectivamente. Igualmente, dada la naturaleza administrativa de las sanciones fiscal y disciplinaria, la Sala estima que podrá requerirse antecedentes en la materia a los Estados parte.

Respalda el anterior criterio el artículo 48 de la Convención que es del siguiente tenor:

*“Artículo 48. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley*

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados Parte adoptarán medidas eficaces para: (...)

f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención”

Como puede observarse la cooperación no está limitada a aspectos penales sino que también debe darse para la adopción de medidas administrativas. No obstante, lo que sí resulta indispensable es que dicha solicitud de cooperación se tramite por la “autoridad central encargada”, en los términos del numeral 13 del artículo 46 de la Convención.

Destaca la Sala el artículo 41 de la Convención de la ONU que es del siguiente tenor:

“Artículo 41. Antecedentes penales. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Si bien está relacionada con actuaciones penales, lo cierto es que la sentencia condenatoria proferida por un Estado parte en relación con actos de corrupción tipificados en dicha Convención puede ser tenida en cuenta por otro Estado parte, para lo cual se debe acudir a los mecanismos de cooperación señalados en la Convención.

### **3.3. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**

Dispone la citada Convención lo siguiente:

“Artículo 9. Ayuda Jurídica Recíproca

1. En el grado máximo posible que permitan sus leyes, tratados y acuerdos pertinentes, cada Parte deberá brindar ayuda jurídica eficaz e inmediata a otra Parte para efectos de investigaciones y procedimientos penales iniciados por una Parte con respecto a delitos dentro del ámbito de esta Convención; y para actos no penales dentro del ámbito de esta Convención iniciados por una Parte contra una persona moral. La Parte requerida deberá informar sin demora a la Parte requirente sobre cualquier información o documentos adicionales necesarios para respaldar la petición de ayuda y, cuando así lo solicite, sobre la situación y resultado de la petición de ayuda”.

Como puede apreciarse, la Convención contra el Cohecho establece una regla de cooperación más amplia que los instrumentos internacionales señalados en precedencia, si se tiene en consideración que la norma transcrita dispone de una “asistencia jurídica”, lo que en términos materiales y orgánicos resulta más amplio que una “asistencia judicial”, delimitada a esa clase de autoridades.

Igualmente se precisa de manera expresa que la asistencia se puede dar para actuaciones “no penales”, lo que indiscutiblemente incluye a las actuaciones administrativas contractuales, a las disciplinarias y a las fiscales.

Por su parte, el artículo 11 dispone:

*“Artículo 11. Autoridades Responsables. Para los fines del párrafo 3° del Artículo 4°, sobre consultas; del Artículo 9°, sobre asistencia jurídica recíproca y del Artículo 10, sobre extradición; cada Parte deberá notificar al Secretario General de la OCDE quién es o quiénes son las autoridades responsables de la preparación y recepción de solicitudes, que servirán como vía de comunicación para dichos asuntos de esa Parte, sin perjuicio de otros acuerdos entre las Partes”*

Para la eficacia y eficiencia de la solicitud de asistencia jurídica prevista en la Convención contra el Cohecho de la OCDE, la Sala sugiere al ministerio consultante acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores para determinar la entidad u organismo nacional que funge como “*autoridad responsable*” para los fines de dicha convención y canalizar por esa vía las solicitudes de asistencia o cooperación internacional.

### 3.4. Acuerdos de asistencia judicial recíproca suscritos por Colombia

Además de lo explicado sobre cooperación judicial internacional, es preciso manifestar que Colombia ha suscrito acuerdos de asistencia judicial recíproca con varios países, entre ellos Brasil y Panamá.

#### 3.4.1. Brasil

La Ley 512 de 1999 aprobó el “*Acuerdo de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en materia penal entre la República de Colombia y la República Federativa del Brasil, suscrito en Cartagena de Indias el siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997)*”; dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 324 de 2000.

El alcance de la asistencia está previsto fundamentalmente para la materia penal y comprende, entre otras actuaciones, “*la entrega de documentos y otros objetos de prueba*”, así como “*cualquier otra forma de asistencia de conformidad con los fines de este Acuerdo siempre y cuando no sea incompatible con las leyes del Estado Requerido*” (artículo 2)<sup>11</sup>. La Sala resalta que en el marco de tales actuaciones es posible solicitar las providencias proferidas por las autoridades competentes de cada país.

11 *“Artículo 2°. Alcance de la asistencia. La asistencia comprenderá:*

- a) *Notificación de actos procesales;*
- b) *Recepción y producción o práctica de pruebas, tales como testimonios y declaraciones, peritajes e inspecciones de personas, bienes y lugares;*
- c) *Localización e identificación de personas;*
- d) *Notificación de personas y peritos para comparecer voluntariamente a fin de prestar declaración o testimonio en la Parte Requirente;*
- e) *Traslado de personas detenidas a efectos de comparecer como testigos en la Parte Requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, de conformidad con el presente acuerdo;*
- f) *Medidas cautelares sobre bienes;*
- g) *Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes, incluyendo la eventual transferencia del valor de los bienes decomisados de manera definitiva;*
- h) *Entrega de documentos y otros objetos de prueba;*
- i) *Embargo y secuestro de bienes para efectos de cumplimiento de indemnizaciones y multas impuestas por sentencia judicial de carácter penal;*
- j) *Cualquier otra forma de asistencia de conformidad con los fines de este Acuerdo siempre y cuando no sea incompatible con las leyes del Estado Requerido.*

De manera similar a los instrumentos internacionales, el Acuerdo con Brasil establece unas autoridades centrales para atender y presentar los requerimientos. En Colombia, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho son las autoridades centrales que pueden presentar ante el Ministerio de Justicia de Brasil, las solicitudes de asistencia judicial (artículo 3)<sup>12</sup>.

De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales contratantes que requieran información proveniente de autoridades judiciales brasileñas podrán acudir a la Fiscalía General de la Nación o al Ministerio de Justicia y del Derecho para que, en su condición de autoridades centrales, procedan ante la autoridad central del Brasil con el trámite correspondiente.

La asistencia prevista en el Acuerdo con Brasil subsiste y se complementa con la Convención Interamericana contra la Corrupción y las Convenciones de la ONU y contra el Cohecho de la OCDE, en los términos que han sido expuestos en este concepto por expresa disposición del artículo 23 de dicho Acuerdo<sup>13</sup>.

### 3.4.2. Panamá

La Ley 450 de 1998, “*Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo sobre asistencia legal y cooperación judicial mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá, hecho en la ciudad de Panamá el diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)*”, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 253 de 1999.

El objeto del Acuerdo comprende, fundamentalmente, la materia penal, en torno a la cual las partes asumen los compromisos de “*prestarse asistencia legal y judicial en forma recíproca*” y de “*brindarse la mayor colaboración en materia de expulsión, deportación y entrega de extranjeros perseguidos por la justicia que se encuentren irregularmente en la zona fronteriza de los Estados Parte*” (artículo 1). En concreto, la aplicación y alcance de la asistencia comprenderá, entre otros actos “*a) Práctica y remisión de las pruebas y diligencias judiciales solicitadas; b) Remisión de documentos e informaciones de conformidad con los términos y condiciones del presente acuerdo... h) Cualquier otra asistencia acordada entre las Partes*” (artículo 2)<sup>14</sup>.

12 “Artículo 3. Autoridades centrales. 1. Cada una de las Partes designará una Autoridad Central encargada de presentar y recibir las solicitudes que constituyen el objeto del presente Acuerdo. 2. A este fin las Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas y remitirán las solicitudes a sus Autoridades Competentes. 3. Con relación a las solicitudes de asistencia enviadas a Colombia, la Autoridad Central será la Fiscalía General de la Nación; con relación a las solicitudes de asistencia judicial hechas por Colombia la Autoridad Central será la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho. La Autoridad Central para la República Federativa de Brasil es el Ministerio de Justicia”.

13 “Artículo 23. Compatibilidad con otros tratados, acuerdo u otras formas de cooperación. 1. La asistencia establecida en el presente acuerdo no impedirá que cada una de las Partes preste asistencia a la otra al amparo de lo previsto en otros instrumentos internacionales vigentes entre ellas. 2. Este acuerdo no impedirá a las Partes la posibilidad de desarrollar otras formas de cooperación de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos. El presente acuerdo entrará en vigor a partir de la fecha en que las Partes realicen el canje de los instrumentos de ratificación”.

14 “Artículo 2º. Aplicación y alcance de la asistencia. 1. Las Partes se prestarán asistencia mutua en intercambio de información y pruebas, investigaciones, juzgamientos y actuaciones en materia penal. Dicha asistencia comprenderá entre otros, los siguientes actos: a) Práctica y remisión de las pruebas y diligencias judiciales solicitadas; b) Remisión de documentos e informaciones de conformidad con los términos y condiciones del presente acuerdo; c) Notificación de providencias, autos y sentencias; d) Localización y traslado voluntario de personas para los efectos del presente acuerdo, en calidad de testigos o peritos; e) Proceder a la ejecución de órdenes judiciales que versen sobre inmovilización y decomiso de bienes, productos e instrumentos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, de conformidad con el ordenamiento interno del Estado Requerido; f) El Estado Requerido hará una consideración especial para decidir con el Estado Requiriente la forma como se repartirá tanto los bienes objeto del decomiso como, de ser el caso, el producto de su venta, entre las dos Partes. Lo anterior, teniendo en cuenta el grado de colaboración aportado, así como la información suministrada; g) Facilitar el ingreso y permitir la libertad de movilidad interna en el territorio del Estado Requerido a funcionarios del Estado Requiriente, previa autorización de las autoridades competentes del Estado Requerido, con el fin de asistir a la práctica de las actuaciones descritas en el presente acuerdo, siempre que el ordenamiento interno del Estado Requerido así lo permita; h) Cualquier otra asistencia acordada entre las Partes”.

La Sala hace énfasis en que cualquiera de los Estados pueden solicitar providencias judiciales expedidas por parte de las autoridades correspondientes del otro Estado, en tanto que la norma alude expresamente hace referencia a la remisión de pruebas, diligencias judiciales, documentos e informaciones y a la prestación de cualquier otra asistencia.

El Acuerdo con la República de Panamá establece que la autoridad central en Colombia para efectuar los requerimientos de asistencia es la Fiscalía General de la Nación (artículo 4)<sup>15</sup>, razón por la cual si una entidad estatal contratante requiere información sobre procesos judiciales en Panamá, habrá de acudir a la Fiscalía General de la Nación para el efecto.

Ahora, lo dicho por la Sala en los acápites correspondientes a la cooperación internacional basada en las convenciones internacionales en que Colombia es parte, no se modifica con el acuerdo firmado con la República de Panamá respecto de la colaboración entre estos países, puesto que *“la asistencia y los trámites previstos en el presente acuerdo no tienen la intención de impedir que cualquiera de las Partes asista a la otra de conformidad con las disposiciones de otros acuerdos internacionales de los cuales sean Parte o de su legislación interna”* (artículo 17).

De esta manera es claro que la asistencia prevista en el Acuerdo con Panamá, subsiste y se complementa con la Convención Interamericana contra la Corrupción y las Convenciones de la ONU y contra el Cohecho de la OCDE, en los términos que han sido expuestos en este concepto.

Mecanismos de colaboración internacional que tradicionalmente se encuentran incorporados en el derecho interno de los países. Exequatur

En atención al principio de territorialidad, la ejecución de las sentencias que se profieren en un país por parte de sus autoridades judiciales debe tener lugar dentro de sus fronteras. No obstante, tanto en materia civil como penal, la institución jurídica en virtud de la cual se ha instrumentado, tradicionalmente, la ejecución de sentencias dentro de la jurisdicción de un país ajeno al de las autoridades judiciales que las profirieron, recibe el nombre de exequatur<sup>16</sup>.

La Corte Constitucional ha indicado, desde un punto de vista general, que el reconocimiento y ejecución de las providencias extranjeras obedece a distintas teorías: *“la noción de comity o cortesía internacional, el respeto a los derechos adquiridos en virtud de sentencia judicial, el valor internacional de la justicia”*<sup>17</sup>; y ha fijado el sustento constitucional nacional para el efecto en los artículos 9°, 226 y 227 de la Constitución Política, referidos a la internacionalización e integración de las relaciones de Colombia.

15 *“Artículo 4°. Autoridades centrales.- Los requerimientos de asistencia en virtud de este acuerdo se efectuarán a través de las autoridades centrales competentes, tal como se indica en el presente enunciado: 1. Por la República de Panamá la autoridad central será el Ministerio de Gobierno y de Justicia. 2. a) Por la República de Colombia la autoridad central competente será la Fiscalía General de la Nación; b) Para los procedimientos relativos a la inmovilización de activos, decomiso de bienes y efectos producto de actividades ilícitas o vinculadas a dichas actividades, que se realicen como resultado del presente acuerdo, la Fiscalía General de la Nación informará de tales requerimientos al Ministro de Justicia y del Derecho”*

16 En el Código de Procedimiento Civil (Decreto 410 de 1970) y en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se dispone que *“las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter”*, pronunciadas por autoridades extranjeras *“en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia”* (artículo 693 y artículo 605, respectivamente). Los requisitos para que tales providencias civiles surtan efecto en Colombia, se encuentran relacionados de manera expresa (artículos 694 y 606), y en particular, se describe el exequatur como el trámite que se debe adelantar frente a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante demanda presentada por el interesado en la causa (artículo 695 y 607).

17 Corte Constitucional, C-716-1996.

La Ley 906 de 2004 (el Código de Procedimiento Penal), a diferencia de la Ley 600 de 2000<sup>18</sup> y Decreto 2700 de 1991<sup>19</sup>, no utiliza expresamente el término *exequatur*, pero dispone en tal sentido que: “*Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática*” (artículo 515). En relación con los requisitos y trámite sobre el particular:

*“Artículo 516. Requisitos. Para que la sentencia extranjera pueda ser ejecutada en nuestro país deben cumplirse como mínimo los siguientes requisitos: 1. Que no se oponga a los Tratados Internacionales suscritos por Colombia, o a la Constitución Política o a las leyes de la República. 2. Que la sentencia se encuentre en firme de conformidad con las disposiciones del país extranjero. 3. Que en Colombia no se haya formulado acusación, ni sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales, sobre los mismos hechos, salvo lo previsto en el numeral 1 del artículo 16 del Código Penal. 4. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos.*

*Artículo 517. Trámite. La solicitud deberá ser tramitada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este remitirá el asunto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá sobre la ejecución de la sentencia extranjera. No se hará nuevo juzgamiento en Colombia, excepto lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal”.*

Las normas referidas constituyen el aspecto procedimental para lograr la ejecución en Colombia de una sentencia extranjera, en relación con la cual el artículo 17 del Código Penal, Ley 599 de 2000, prescribe: “*La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales*”.

La Corte Constitucional ha indicado que la ejecución de una sentencia extranjera en Colombia persigue el cumplimiento de la pena en nuestro país y el traslado de los condenados, de acuerdo con una política de intercambio de presos e, inclusive, por razones humanitarias, en tanto que:

*“La ejecución de la sentencia extranjera en Colombia y su relación evidente con los extranjeros o con nacionales colombianos por adopción o con nacionales colombianos por nacimiento privados de la libertad o capturados en el exterior y que resulten condenados, supone un especial trámite garantizador de los derechos fundamentales y de la noción de Debido Proceso Penal que vincula a los más altos órganos e instituciones de los poderes ejecutivo y jurisdiccional denominado exequátur”*<sup>20</sup>

Dentro del marco de la consulta formulada, en la cual se hace referencia a la viabilidad jurídica de invocar las providencias judiciales proferidas por autoridades extranjeras en contra de personas naturales, que tengan la condición de socios o representantes legales de com-

18 “Artículo 497. Exequátur. La solicitud de ejecución se remitirá por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá si la sentencia es ejecutable de acuerdo con los tratados internacionales o con las disposiciones de este capítulo. Cumplido este estudio enviará la actuación a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad de la capital de la República.

19 “Artículo 535. Exequatur. La solicitud de ejecución se remitirá por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá si la sentencia es ejecutable de acuerdo con los tratados internacionales o con las disposiciones de este capítulo. Cumplido este estudio enviará la actuación a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad”.

20 Corte Constitucional, C-541 de 1992.



pañías que obren como proponentes o contratistas en Colombia, para efectos de configurar las inhabilidades o incompatibilidades correspondientes, la Sala concluye que el exequatur no es el procedimiento indicado.

Es decir, si lo que se pretende es hacer cumplir la condena en Colombia a la persona natural extranjera o al nacional colombiano que ha delinquido por fuera del país, pues procederá el exequatur. Pero si lo que se busca es obtener documentos, datos o información respecto de eventuales condenas o medidas de aseguramiento proferidas por autoridades judiciales de otros países, que pudieran tener efecto en relación con proponentes o contratistas en Colombia para configurar inhabilidades o incompatibilidades, no será el exequatur el trámite idóneo.

Adelanta la Sala que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en una decisión reciente, concluyó que no se exige el trámite del exequatur para efectos de configurar en Colombia la causal de inhabilidad consistente en que el representante legal de un proponente o contratista haya sido condenado en el extranjero por el delito de narcotráfico, *“por cuanto no se trata de ejecutar en Colombia una sentencia judicial proferida en el extranjero sino, simplemente, de demostrar el hecho de que XX había sido condenado a una pena privativa de la libertad por el delito de posesión con la intención de distribuir cocaína”*<sup>21</sup>. Este punto será materia de análisis posteriormente.

Así, en lugar del exequatur, las medidas conducentes serán las de cooperación, comprendidas en los instrumentos internacionales a los cuales ha hecho referencia este concepto con anterioridad, y las que se encuentran dispuestas en materia probatoria en el derecho interno colombiano.

En tal sentido, es necesario considerar que la Ley 80 de 1993, bajo el título de *“normatividad aplicable en las actuaciones administrativas”*, indica que en las actuaciones contractuales se aplicarán las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, en tanto que sean compatibles con la contratación estatal y, en subsidio, se aplicarán las normas procesales civiles (artículo 77). Congruente con esta disposición, el CPACA, precisa que las normas que corresponden al procedimiento administrativo, *“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”* (artículo 2°).

En materia probatoria, el CPACA define que *“serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil”*, los cuales en el curso de la actuación administrativa podrán ser aportados, pedidos y practicados *“de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales”*, para su posterior estudio y contradicción (artículo 40).

De acuerdo con lo anterior, con el propósito de determinar el fundamento legal con base en el cual las entidades estatales colombianas, en el curso de un proceso de selección para la contratación estatal, podrán solicitar las providencias judiciales dictadas en el exterior que pudieran tener efecto en Colombia para inhabilitar a los proponentes o contratistas, es ne-

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

cesario analizar lo que disponen sobre el asunto el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) y el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

En primer lugar, las condenas y medidas de aseguramiento emitidas por autoridades judiciales extranjeras tienen la naturaleza de documento público, puesto que, de conformidad con su definición legal, “*documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención*” (artículo 251, CPC).

El Código de Procedimiento Civil contiene normas en las cuales reconoce validez a los documentos públicos otorgados en el extranjero por funcionario extranjero o con su intervención, en tanto que se cumpla con el procedimiento de autenticación por parte del cónsul o agente diplomático nacional, cuya firma habrá de abonarse por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia<sup>22</sup>; también indica los requisitos para apreciar como prueba documentos que hayan sido expedidos en idioma diferente al castellano<sup>23</sup>.

Al respecto es indispensable considerar que Colombia hace parte de la “*Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961*”, comúnmente denominada “*apostilla*”, la cual fue incorporada al derecho interno en virtud de lo dispuesto en la Ley 455 de 1998<sup>24</sup>, en cuyo texto se observa, entre otras disposiciones, las siguientes:

*“Artículo 1. La presente Convención se aplicará a documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado contratante y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante. Los siguientes son considerados como documentos públicos a efectos de la presente Convención: a) documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados; b) documentos administrativos; c) Actos notariales; d) Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas...”*

*“Artículo 2. Cada Estado Contratante eximirá de legalización los documentos a los que se aplica la presente Convención y que han de ser presentados en su territorio. A efectos de la presente Convención, la legalización significa únicamente el trámite mediante el cual los agentes diplomáticos o consulares del país en donde el documento ha de ser presentado certifican la*

22 “Artículo 259.- Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 118.- Documentos otorgados en el extranjero. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano”.

“Artículo 262.- Certificaciones.- Tienen el carácter de documentos públicos: 1. Las certificaciones que expidan los jueces conforme a lo dispuesto en el artículo 116. 2. Las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos. 3. Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley”.

“Artículo 116.- Modificado Ley 1395 de 2010, artículo 8. Certificaciones. Los secretarios de los despachos judiciales pueden expedir certificaciones sobre la existencia de procesos, el estado de los mismos y la ejecutoria de providencias sin necesidad de auto que las ordene. El juez expedirá certificaciones sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita; también en los demás casos autorizados por la ley”.

23 “Artículo 260.- Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 119. Documentos en idioma extranjero. Para que los documentos expedidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente”.

24 El tratado y la ley fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-164 de 1999.

*autenticidad de la firma, a qué título ha actuado la persona que firma el documento y, cuando proceda, la indicación del sello o estampilla que llevaré”.*

En tal sentido, cuando quiera que el documento público extranjero provenga de un país en el cual esté vigente la convención referida, bastará con que la entidad competente de ese país lo apostille para que se presente válidamente en Colombia ante la entidad que lo requiere. Si el país de origen del documento público no hace parte de la mencionada convención, se deberá llevar a cabo el trámite usual de legalización diplomática o consular.

El CGP comprende disposiciones similares al CPC sobre la materia, cuando define el documento público y reconoce su validez de conformidad con los instrumentos internacionales, principalmente la apostilla, o en su defecto con el trámite de legalización diplomático o consular<sup>25</sup>.

Teniendo en consideración lo expuesto, la Sala considera que las entidades podrán incorporar como pruebas dentro del proceso administrativo que se adelante para la contratación estatal, de oficio o a petición de parte, los documentos públicos emanados de autoridades extranjeras en los cuales se hagan constar las providencias judiciales que puedan tener efectos en Colombia para configurar causales de inhabilidad en alguno de los proponentes, adjudicatarios o contratistas, según el caso.

En cuanto hace referencia a los fundamentos jurídicos que legitiman a la entidad estatal o a las personas interesadas en el proceso de contratación estatal para solicitar el documento público a las autoridades extranjeras, se puede pensar en diferentes hipótesis, las cuales comprenden los convenios internacionales mencionados, los acuerdos de asistencia bilaterales y la formulación de solicitudes por parte de particulares ante las autoridades de los países extranjeros, en ejercicio del derecho de petición o del que en tales legislaciones se consagre y resulte análogo, para obtener información o datos de las entidades respectivas.

En el caso al cual se hizo referencia con anterioridad de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la prueba a la que se reconoció validez respecto de la sentencia condenatoria extranjera consistió en una certificación expedida por “*Ministerio de Relaciones Exteriores – Coordinador de Grupo de Asistencia a Connacionales y Promoción de Comunidades Colombianas en el Exterior*”, en la cual se incluyó información precisa del “*delito por el cual fue condenado, sentencia y fecha de culminación de sentencia*”. La certificación informaba a la entidad contratante interesada, que los datos que ahí se incorporaban habían sido remitidos por parte

25 “Artículo 243.- Distintas clases de documentos... Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Asimismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública”.

“Artículo 251.- Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero.

Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano.

Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país”.

de un consulado colombiano en el extranjero, el cual los había obtenido por medio de su “*Asesora Jurídica*”<sup>26</sup>.

En el ámbito del derecho penal, el artículo 17 del Código Penal debe ser interpretado sin que su alcance se restrinja al exequatur sino que, de acuerdo con el texto de la norma y en función de las necesidades que se experimentan en la actualidad en torno a la globalización de las iniciativas administrativas y penales para combatir la corrupción, constituye una fuente de la mayor importancia para reconocer en Colombia, a las sentencias proferidas en el extranjero, como “*cosa juzgada para todos los efectos legales*”.

Así, la Ley 906 de 2004 reconoce validez a los documentos procedentes de autoridades extranjeras y regula las solicitudes de cooperación judicial internacional, por medio de normas que podrían, en función del caso concreto, tener efecto en la contratación estatal cuando quiera que se lleve a cabo en Colombia algún tipo de indagación o investigación de índole penal relacionada con la materia contractual<sup>27</sup>.

Tal y como se apreciará en las consideraciones posteriores, las providencias expedidas por autoridades judiciales extranjeras, dentro del marco del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de conformidad con los instrumentos internacionales y las normas del derecho interno, podrán constituir documentos de relevancia para definir si en un asunto particular, se configura o no una de las causales correspondientes.

Expuesto lo anterior, corresponde a la Sala examinar el marco constitucional y legal que permite prevenir y sancionar los actos de corrupción en los contratos que celebran las entidades del Estado, para lo cual se precisará, en primer lugar, que los contratos celebrados por el Fondo Adaptación, habida cuenta de que constituye una entidad de naturaleza pública, están catalogados dentro del género de los contratos estatales no obstante que se encuentran sujetos a un régimen especial.

### III. Los contratos del Fondo Adaptación son contratos estatales

La noción “*contrato estatal*” se encuentra prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como “*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la voluntad*”, lo cual implica que tal noción comprende todos los contratos que celebran las entidades y organismos del Estado, tanto los que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como los que están sujetos a regímenes especiales o al derecho privado. En términos de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

27 “ Artículo 427. Documentos procedentes del extranjero Los documentos remitidos por autoridad extranjera, en cumplimiento de petición de autoridad penal colombiana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial recíproca, son auténticos, a menos que se demuestre lo contrario” “Artículo 485. Solicitudes de cooperación judicial a las autoridades extranjeras. Los jueces, fiscales y jefes de unidades de policía judicial podrán solicitar a autoridades extranjeras y organismos internacionales, directamente o por los conductos establecidos, cualquier tipo de elemento material probatorio o la práctica de diligencias que resulten necesarias, dentro del ámbito de sus competencias, para un caso que esté siendo investigado o juzgado en Colombia. Las autoridades concernidas podrán comunicarse directamente a fin de determinar la procedencia de las actuaciones relacionadas en la solicitud”.

“... es jurídicamente viable considerar que la categoría ‘contratos estatales’ no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que ... constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contrato estatales especiales”<sup>28</sup>.

El Fondo Adaptación es un establecimiento público<sup>29</sup> adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creado por el Decreto Legislativo 4819 de 2010<sup>30</sup>, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera y cuyo objeto comprende la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de La Niña.

En lo pertinente, habida cuenta de que la entidad contrata con recursos públicos, también resultará aplicable la Ley 1150 de 2007<sup>31</sup>, en cuanto que: *“Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos”*. (Resalta la Sala).

Los contratos que celebra la entidad para el cumplimiento de su objeto, cualquiera que sea su índole o cuantía, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4819 de 2010, *“se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007”* (artículo 7).

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”*, confirma lo anterior al precisar que:

*“Artículo 2.13.1.1. Régimen contractual. Los contratos que celebre el Fondo Adaptación para la ejecución de los recursos destinados a la recuperación, construcción y reconstrucción, de las zonas afectadas por el fenómeno de La Niña, y aquellos necesarios para la ejecución de estas actividades, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y en su desarrollo se dará aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.*

*Los demás contratos estarán sometidos al estatuto general contratación de la administración pública, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y las normas que los modifiquen o adicionen”*.

28 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2001, exp. n.º 16661.

29 Corte Constitucional, C-251 de 2011. La Corte Constitucional revisó oficiosamente el Decreto Legislativo 4819 de 2010 y advirtió que la naturaleza jurídica del Fondo Adaptación corresponde a un establecimiento público. Posteriormente, en la sentencia C-617-2012 reiteró que *“en aquellos casos en que el legislador decide introducir un fondo y le confiere en la norma correspondiente personería jurídica, se está ante un fondo entidad, que no puede comprenderse como una simple categorización de ingresos públicos”*.

30 El Presidente de la República, con la intención de controlar el desastre natural ocurrido en el mes de noviembre de 2010, cuando se presentaron precipitaciones inusitadas, extraordinarias e imprevisibles en toda la geografía colombiana como consecuencia del fenómeno de la Niña, expidió el Decreto 4580 de 2010 *“Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”*. Con fundamento en el Decreto 4580 se expidió el Decreto 4819 de 2010 *“Por el cual se crea el Fondo Adaptación”*.

31 *“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”*

Las normas referidas disponen con carácter específico para el Fondo Adaptación, lo que había prescrito desde una perspectiva general la Ley 1150 de 2007 respecto de las entidades estatales que se someten a un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, que están obligadas a aplicar *“los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política”* (artículo 13).

El artículo 209 señala que *“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”*, lo cual implica que todas las entidades estatales, independientemente del régimen de contratación al que se sometan, se encuentran vinculadas en su actividad por tales intereses y principios.

Por su parte, en cuanto atañe a los recursos públicos que las entidades estatales tienen a su cargo, el artículo 267 prescribe que *“el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”*. En tal sentido, las entidades estatales cuando proceden con las actividades contractuales, deberán considerar que *“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 ese orden de ideas, se puede afirmar respecto del Fondo Adaptación y de las demás entidades estatales que cuentan con un régimen contractual diferente al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública lo que en su momento expuso la Sección Tercera del Consejo de Estado acerca de las empresas prestadoras de servicios públicos, en los siguientes términos:

*“Cabe concluir, entonces, que actualmente las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen un régimen de derecho contractual especial o mixto que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas del derecho privado, pues, dada su naturaleza, la finalidad que persiguen (interés general) y el manejo de recursos públicos, su actividad contractual se encuentra influenciada en los aspectos anotados por el derecho público, lo que implica que la actuación de ellas en este ámbito pueda ser controlada judicialmente bajo los principios de la función administrativa”*<sup>32</sup>.

Así, el estudio que llevará a cabo la Sala a continuación en relación con los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar la corrupción en la contratación estatal, resulta aplicable a todas las entidades estatales cuando adelantan la actividad contractual, independientemente del régimen al cual se hallen sujetas.

32 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41339.

#### IV. Principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar la corrupción en la contratación estatal

La Sala ha sostenido de manera reiterada<sup>33</sup> que la contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios que utilizan las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política<sup>34</sup>.

En este sentido, el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual se desarrolla especialmente bajo los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), dentro del marco constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular<sup>35</sup> que ubican a la Administración contratante en un plano de preeminencia sobre el contratista.

#### 8. Los principios como normas jurídicas

Los principios, al igual que las reglas, son considerados normas jurídicas toda vez que establecen un deber ser y demandan un determinado comportamiento<sup>36</sup>. De allí que sean fuente de derecho, integren el ordenamiento jurídico y su desconocimiento pueda ser sancionado<sup>37</sup>. En atención a lo anterior, la Sala sostuvo que los principios constituyen un criterio o parámetro de conducta:

*“Los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia”<sup>38</sup>.*

De igual forma, los principios cumplen importantes funciones pues sirven de base o fundamento a todo el ordenamiento jurídico, constituyen una herramienta de interpretación de

33 Cfr. Conceptos 2148, 2150 y 2156 de 2013 y 2227 de 2014, solo por citar los más recientes.

34 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

35 Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009.

36 En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-818/05. “Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

37 Consejo de Estado, ibidem.

38 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2183 de 2013.

las reglas jurídicas y ejercen una labor integradora del derecho que permite la resolución de problemas o situaciones en donde se presenta una falta o insuficiencia de reglas jurídicas<sup>39</sup>.

Desde el punto de vista de la Administración, los principios han sido reconocidos tanto a nivel constitucional como legal. Por ejemplo, la propia Carta Política señala en su artículo 209 que el ejercicio de la función administrativa se sustenta en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por su parte, el CPACA en su artículo 3° establece que las autoridades administrativas deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos tomando en consideración, además de los principios señalados en la **Constitución**, los establecidos en leyes especiales y en el CPACA. En este último, se definen los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Para los propósitos de este concepto, resultará necesario demostrar la incidencia que para la contratación estatal tienen la transparencia, buena fe y la moralidad administrativa, en su carácter de principios y valores fundantes de nuestro ordenamiento jurídico, en el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado Social de Derecho ínsitos en dicha contratación. Igualmente, dado el objeto de la consulta, se aludirá al principio de planificación y a los deberes de planeación y precaución.

En el caso particular del Fondo Adaptación, el Decreto 2962 de 2011 determinaba en forma precisa los principios de igualdad, selección objetiva, buena fe, planeación, análisis de riesgos, calidad, economía, transparencia, publicidad y equidad, como aquellos que regían la contratación de la entidad<sup>40</sup>. Es necesario señalar que la norma fue derogada por el Decreto 203 de 2015<sup>41</sup>, el cual a su vez fue incorporado en el Decreto 1068 de 2015, no obstante lo cual, en virtud de mandatos constitucionales y legales, que se analizarán a continuación, tanto las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como aquellas que se encuentran exceptuadas porque cuentan con un régimen legal especial o porque están sujetas al derecho privado, deben cumplir con tales principios en sus actuaciones contractuales.

## 9. Transparencia

En relación con el Fondo Adaptación, el Decreto 2962 de 2011 definía el principio de transparencia como *“la probidad y pulcritud con que las partes contratantes participan en los procesos de selección, contratación y ejecución correspondientes”*. Si bien es cierto que la norma fue derogada, cuestión que se advirtió con anterioridad, también lo es que el sometimiento de esta entidad a los principios de la función administrativa, en atención a lo dispuesto en el

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, citada.

40 *“Artículo 1°. Principios de la contratación. Los contratos que celebre el Fondo Adaptación se regirán por los siguientes principios: Igualdad. Este principio confiere a los sujetos contratantes una igualdad de trato en los procesos contractuales, en procura de garantizar los derechos y obligaciones de todos los participantes. Selección objetiva. La selección de los contratistas se efectuará siguiendo unos procedimientos previamente establecidos, divulgados y conocidos que permitan seleccionar la oferta más favorable para los intereses del Fondo. Buena fe. Las actuaciones del Fondo Adaptación se deberán ceñir a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas sus gestiones y de quienes contraten con él. Planeación. Todo trámite contractual deberá corresponder a un plan previo y coordinado para contribuir en forma eficiente al cumplimiento de la finalidad del Fondo Adaptación. Equidad. Se deberán adoptar las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes en el momento de su celebración.*

41 *“Artículo 5°. Vigencia y Derogatorias. Vigencia y Derogatorias. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 2962 de 2011 y el Decreto 1241 de 2013.*



artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, conduce a la aplicación del principio de transparencia en los términos en que lo define el CPACA (artículo 3). También es cierto que en virtud de la aplicación de las diferentes normas de contratación privada al Fondo Adaptación, les resulta exigible a quienes actúan dentro del marco de este ordenamiento, un comportamiento correcto, honesto, el cual corresponde, entre otras denominaciones, al desarrollo de los principios de transparencia y de buena fe (artículo 1603 Código Civil, artículo 871, Código de Comercio).

Desde el punto de vista general del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el principio de transparencia se encuentra previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y procura garantizar que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección, en igualdad de oportunidades para quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo, extraña a cualquier factor político, económico o familiar<sup>42</sup>, libre de presiones indebidas y, en especial, de cualquier sospecha de corrupción en las personas de los funcionarios y los particulares que participan en el proceso<sup>43</sup>.

La transparencia es concordante con otros principios de la contratación estatal, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad, selección objetiva y buena fe.

## 10. Buena fe

El artículo 83 de la Constitución Política (C.P.) dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), entiende que en virtud del principio de buena fe, *“las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”* (artículo 3, numeral 4).

En el ámbito de la contratación estatal el Consejo de Estado, Sección Tercera<sup>44</sup>, manifestó que la buena fe se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,<sup>45</sup> esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad<sup>46</sup>, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o

42 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.º 2148 de 2013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación n.º 24715. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088. *“Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C. N)”*.

43 En desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (Ley 80/93, artículo 24, num. 8).

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715. También, Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001.

45 Vid. L. DIEZ PICAZO, La Doctrina de los Propios Actos, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

46 Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido<sup>47</sup>.

La buena fe impone al oferente responsabilidades dentro del contexto de los deberes de rectitud y honestidad como son: *(i)* no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (Ley 80, artículo 26, num. 7); *(ii)* no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (ibidem), y *(iii)* no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas (Ley 80, artículo 26, num. 6), todo con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad, así como también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas.

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios. Conforme a lo expuesto, nada resulta más alejado del principio de buena fe que la ocurrencia de actos de corrupción en la contratación estatal y, por lo mismo, en los procesos de selección las entidades están facultadas para solicitar a los proponentes toda la información que, dentro del ámbito de la buena fe, resulte necesaria para formarse un juicio sobre su idoneidad para asumir el compromiso que involucra el contrato propuesto y que permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos que involucra la contratación estatal.

La idoneidad, honestidad e integridad requerida por la buena fe resulta compatible con la calificación de “*contratista responsable*” a la que alude el “*Code of Federal Regulations*” (CFR) de los Estados Unidos de América, aspecto sobre el cual la Sala se detendrá más adelante en el punto correspondiente a la reflexión desde el derecho comparado.

Con mayor razón los requerimientos de información sobre el particular resultarán aún más vinculantes una vez perfeccionado el contrato estatal, no solo por la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, en los términos expuestos, sino por la calidad que el contratista adquiere como colaborador de la Administración (Artículo 3, Ley 80 de 1993) y por la naturaleza “*intuitu personae*” del contrato estatal (artículo 41 de la Ley 80 de 1993).

El artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, “*por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones*”, reitera y amplía el señalado deber legal, al disponer que: “*El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán **identificar plenamente** a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el **origen** de los recursos; lo anterior con el fin de **prevenir actividades delictivas**” (Se resalta).*

No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición conlleva un deber calificado para las entidades estatales, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precau-

<sup>47</sup> En este sentido, normas civiles y mercantiles plenamente aplicables a la contratación estatal por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establecen que los contratos deben celebrarse de buena fe (artículo 1603 del Código Civil); y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente

ción), consistente en una *carga de conocimiento* que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, o ser el producto de actos de corrupción, en particular.

A semejanza de lo que ocurre en el sector financiero (artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), constituye una verdadera “*política de conocimiento del cliente*” aplicada a la contratación estatal que permite a las entidades contratantes exigir a los contratistas “*pactos o compromisos de integridad*”, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción<sup>48</sup>.

En el mismo sentido, y por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, dentro de una política preventiva la entidad contratante deberá exigir “*declaraciones de origen de fondos*” en las que el proponente o contratista, bajo la gravedad del juramento, identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito.

Así, en el supuesto caso en el que el proponente o contratista haya suministrado información falsa, o que no correspondiera a la realidad, con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener la adjudicación del contrato, acontecerá una de las siguientes dos situaciones, a saber: (i) si el acto de adjudicación fue expedido, pero el contrato no ha sido suscrito, el acto podrá ser revocado en tanto que se obtuvo por “*medios ilegales*”, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007; (ii) si el contrato ya se ha perfeccionado, dicho vínculo estará viciado de nulidad (artículo 1515 del Código Civil), sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en los términos del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80.

Ahora bien, el alcance y consecuencias previstas en el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, no solo tienen como soporte constitucional el principio de buena fe sino que, por su *carácter preventivo*, su aplicación a la contratación estatal también encuentra respaldo en el deber contractual de planeación y en el principio de precaución, según se expone enseguida.

## 11. El principio constitucional de planificación y el deber contractual de planeación

48 R. OSPINA ROBLEDO. “*Los pactos de integridad: una herramienta para buscar limpieza en contrataciones de interés público*”. Banco Interamericano de Desarrollo. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe. <http://www.iadb.org/leg/Documents/Colombia%20Ticol%20ospina%20spa.pdf> Consultado el 13 de julio de 2015. El Banco Interamericano de Desarrollo, en concordancia con la ONG Transparencia Internacional, entiende que los *pactos o compromisos de integridad* son acuerdos (contratos) mediante los cuales los proponentes de una licitación se comprometen, explícitamente, entre ellos y con el respectivo gobierno, a no ofrecer ni pagar sobornos y a acatar determinadas multas en caso de faltar a su compromiso.

En el citado documento se afirma, igualmente, que los capítulos de cada país de Transparencia Internacional han venido adecuando el modelo para implementarlo según las condiciones específicas de la contratación pública del respectivo país. En tal sentido, Transparencia Colombia han perfilado la definición del Pacto de Integridad como “*acuerdos voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación de recursos públicos, para garantizar la transparencia, la equidad y la sostenibilidad de la modalidad contractual escogida*”. Por ejemplo, la Sala ha tenido conocimiento que recientemente la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República con el acompañamiento de la Embajada de Suecia en Colombia celebró “*Pacto de Transparencia y lucha contra las corrupción*” con las empresas suecas en Colombia. <http://www.secretariatransparencia.gov.co/prensa/comunicados/Documents/pacto-de-transparencia-con-suecia.pdf> Consultado el 13 de julio de 2015.

En el Estado Social de Derecho, la necesidad de una política anticipadora y preventiva que evite la producción del daño o el perjuicio tiene pleno sustento en los artículos 1, 2, 334, 339, 341 y 365 CP<sup>49</sup>. Al decir de BENDA<sup>50</sup>, la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución, razón por la cual cobra creciente peso la cláusula del Estado social como categoría jurídica *orientada al futuro* dándole sentido al mandato constitucional para la planificación<sup>51</sup>, que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto<sup>52</sup>.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha resaltado la importancia creciente del deber de planeación en la contratación estatal, en los siguientes términos:

*“En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado.”*<sup>53</sup>

Como puede advertirse, el deber de planeación no solo es importante en la etapa precontractual, sino durante toda la vida del contrato, lo que incluye su modificación e incluso su terminación y liquidación. En este sentido, para la Sala es claro que el contrato estatal no puede ser una *aventura*, fruto de la improvisación y de la mediocridad<sup>54</sup>. Así las cosas, la observancia del deber de planeación sustenta, aún más, la aplicación del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, consistente en la carga de conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de *prevenir* actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los “*compromisos de integridad*” o “*declaraciones de origen de fondos*” en los términos explicados en el acápite anterior.

49 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2150 de 2013

50 E. BENDA, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss.

51 BENDA, óp. cit., p. 554: “El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora... Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planificación”.

52 BENDA, óp. cit., p. 557. Señala el autor alemán que la planificación se basa en pronóstico, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta.

53 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, exp. n.º 15001233100019880843101-8031.

54 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2013, exp. n.º 26.637 “Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. (...) En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”.

La necesidad de una conducta preventiva o anticipadora por parte de las entidades estatales frente a posibles actos de corrupción se evidencia en casos como el que ocupa la atención de la Sala, si se tiene en cuenta que en la misma consulta se afirma que en los medios de comunicación han referido sucesos “*respecto de las medidas de aseguramiento dictadas por autoridades judiciales de países extranjeros, en contra de algunos directivos de personas jurídicas extranjeras, las cuales participan, por medio de sucursales o subsidiarias en Colombia, en procesos de contratación estatal*”, y con mayor razón cuando las investigaciones se relacionan con presuntos “*delitos contra la administración pública o soborno transnacional*”.

El deber contractual de planeación, materializado en una conducta preventiva frente a circunstancias concretas como las señaladas en precedencia, llevan a sostener la necesidad de aplicar el principio de precaución en la contratación estatal.

## 12. Principio de precaución

El origen del principio de precaución se encuentra en el derecho ambiental e impone a las autoridades el deber de evitar riesgos y daños en la vida, la salud y en el medio ambiente<sup>55</sup>, de conformidad con su consagración en la Constitución Política<sup>56</sup>, en los tratados internacionales<sup>57</sup> y en el desarrollo jurisprudencial<sup>58</sup>.

El principio de precaución paulatinamente ha irradiado otros ámbitos del derecho como la responsabilidad civil contractual, donde se emplea para adoptar medidas que impidan la realización de un riesgo eventual<sup>59</sup>. En tal sentido, el principio de precaución impone a las autoridades el *deber jurídico* de proceder, frente a una situación concreta, con las medidas efectivas que eviten la concreción del riesgo y, por ende, el perjuicio que podría afectar el interés general y la satisfacción de las necesidades públicas, como es el caso de la contratación estatal.

La precaución, como lo enuncia VINEY “*es hija de la prudencia, que se impone a los actores públicos y privados cuando las decisiones entrañan riesgos potenciales...*”<sup>60</sup>. Así, el principio de precaución reúne dos elementos esenciales, una constante que se refiere al hecho de que se está frente a una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de

55 Sentencia C-988 de 2004 y C-703 de 2010.

56 El artículo 80 CP estableció que una de las funciones principales del Estado en relación con el medio ambiente es la de prevenir su afectación y deterioro. Antes que sancionar a los infractores, o de tener que asumir los costos económicos, sociales y ambientales de la restauración de un ecosistema, o que afrontar la irreparabilidad del daño causado por la acción humana, las autoridades y los particulares están *obligados a evitar* que esa afectación del medio ambiente se produzca, tal como lo señaló la Sala en el Concepto 2233 de 2014.

57 El principio aparece en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo y forma parte de la legislación colombiana a través de la Ley 99 de 1993.

58 Corte Constitucional, Sentencias C-339 de 2002; C-703 de 2010; C-222 de 2011; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, expediente 2001-90479-01(AP); Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de noviembre de 2013, expediente 2005-00662-03(AP).

59 Sobre la citada evolución puede verse: M. TRONCOSO, “El principio de precaución y la responsabilidad civil”. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado, No. 18, 2010, pp. 205 a 220.

60 “La diferencia entre riesgo potencial y riesgo comprobado es el fundamento de la distinción entre precaución y prevención. La precaución hace alusión a los riesgos potenciales y la prevención a aquellos que son comprobados. Tenemos la tendencia a confundir precaución y prevención. Pensamos que los riesgos potenciales son poco probables y los asimilamos inconscientemente a los riesgos comprobados que tienen tan poca probabilidad de ocurrir que son bien administrados. Esto es doblemente inexacto. Para comenzar, las probabilidades no tienen la misma naturaleza (en el caso de la precaución, se trata de una probabilidad de que la hipótesis sea exacta, en el caso de la prevención, la peligrosidad está establecida y se trata más bien de la probabilidad de su ocurrencia). Además de esto y aun más importante, los riesgos potenciales, a pesar de su carácter hipotético, pueden tener una alta probabilidad de realización. En la práctica, sin embargo, la precaución puede ser entendida como la prolongación de los métodos de prevención aplicados a los riesgos inciertos”. G. VINEY y M. KOURILSKY, Le principe de précaution: rapport au Premier ministre, 1999, en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>, 18. Consultado el 27 de julio de 2015.

daño grave e irreversible y, como segundo elemento, la exigencia de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado. En este sentido, dado el interés público ínsito en la contratación estatal, la Sala estima que el principio de precaución es aplicable en la materia, con el fin de *“actuar antes de que el daño sea una realidad grave e irreparable”*, de acuerdo con el deber de planeación ya explicado.

Así, se hace mandatorio que los estudios previos que sustentan la contratación y la concreción de los mismos a través de los pliegos de condiciones, permitan a la entidad estatal contratante contar con toda la información disponible, y requerirla si fuere el caso, todo lo cual la debe conducir a conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de *prevenir* actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los *“compromisos de integridad”* o *“declaraciones de origen de fondos”* en los términos explicados en el acápite anterior, entre otros.

La Sala recuerda que en virtud del principio de responsabilidad las actuaciones de los servidores públicos en la contratación estatal están presididas por las *“reglas sobre administración de bienes ajenos”* de acuerdo con el artículo 24, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, lo que comprende no solo una forma de actuar, sino que obliga a tomar en cuenta otras circunstancias, como las medidas de prevención y el riesgo sospechado.

El señalado deber de actuar en un grado calificado de prudencia que se desprende del principio de precaución se relaciona con uno de los principios rectores de la función administrativa como es el de eficacia que encuentra sustento constitucional, entre otros, en los artículos 2 y 209 de la Carta<sup>61</sup>. En efecto, el principio de eficacia impone a la Administración, en aras de la materialización de los fines esenciales del Estado, una obligación de actuación.

Con el principio de eficacia se busca que la Administración no asuma una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, situación que puede presentarse por múltiples factores tales como negligencia, congestión o corrupción<sup>62</sup>, de los cuales es posible identificar un incumplimiento de la función administrativa.

En atención a la plena correspondencia que existe entre el principio de precaución y el de eficacia, la Sala deriva las siguientes consecuencias en el campo de la contratación estatal: *(i)* impone a la Administración la obligación de adelantar y brindar soluciones ciertas, oportunas, eficaces y proporcionales a los problemas que surgen en la contratación, entre otros, el de la corrupción; *(ii)* impide que la Administración asuma una posición inactiva o estática frente a las necesidades públicas que buscan satisfacerse con la contratación estatal, lo que en otras palabras significa que existe para esta una obligación de actuar de forma oficiosa,

61 Corte Constitucional. Sentencia del 15 noviembre de 2001, C-1194/01. *“Las autoridades administrativas tienen asignadas competencias específicas para el cumplimiento de las funciones del Estado. De esta forma se busca garantizar las finalidades esenciales del Estado y el cumplimiento de los deberes sociales de las autoridades (Art. 2 C.P.). Por lo tanto, la administración no tiene la potestad de permanecer totalmente inactiva sino que, por el contrario, el deber de actividad es primigenio”*

62 *“La inactividad de la administración puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública, en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado (...). También puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseados de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que esta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado. Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones que no es del caso recordar”*. Ibidem.

real y efectiva para prevenir los actos de corrupción, y (iii) constituye un fin que guía el ejercicio de la función contractual pública.

Conforme a lo anterior, por expreso mandato de la Constitución Política (artículos 2, 80 y 209), el artículo 3° del CPACA que rige las actuaciones administrativas en general y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que ordena que las actuaciones contractuales estatales se desarrollen, no solo bajo los principios constitucionales de la función administrativa, sino conforme a los “*principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo*”, debe concluirse que el principio de precaución constituye una verdadera norma jurídica que impone un deber concreto a los servidores públicos, bajo cuya dirección se adelantan las actuaciones contractuales, de impedir la realización de ciertos riesgos y de actuar bajo un grado calificado de prudencia, con el fin de prevenir actos de corrupción en el contrato estatal.

### 13. Moralidad administrativa

La moralidad administrativa se define como un derecho colectivo (artículo 88 CP) y como un principio del ordenamiento jurídico y de la contratación estatal. El Consejo de Estado, Sección Tercera, ha determinado la relación existente entre la moralidad administrativa y los actos de corrupción, así:

*“La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es per se complejo, dado que la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio”*<sup>63</sup> (La negrilla es de la Sala).

El Decreto 019 de 2012, dispone en su artículo 3, bajo el título de “*moralidad*”, que: “*La actuación administrativa debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común. En tal virtud, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas*”.

Por consiguiente, si en la actividad contractual de las entidades estatales se presentan actos de corrupción que amenacen o vulneren la moralidad administrativa, la Constitución Política prevé la posibilidad de acudir a la vía judicial e interponer acciones populares en defensa de ese derecho colectivo<sup>64</sup>, según se prevé en el artículo 88 CP, desarrollado por la Ley 472 de 1998, en concordancia con el artículo 144 del CPACA.<sup>65</sup>

63 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004 Radicación número: 20001-23-31-000-2003-1408-01(AP).

64 Un resumen de la línea jurisprudencial sobre el particular puede encontrarse en la Sentencia C – 644 de 2011. La jurisprudencia constitucional ha definido las acciones populares como el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).

65 “Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.//Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo

Lo anterior significa que las autoridades judiciales conocerán de las demandas interpuestas en ejercicio de la acción popular, cuando “*la conducta vulnerante sea un acto administrativo o contrato*” caso en el cual, si bien el objeto de la referida acción no es la anulación de contratos o actos administrativos, es posible que el juez adopte las medidas necesarias para que cese la vulneración de los intereses colectivos, tal y como sería la suspensión de un procedimiento o actuación de carácter contractual o de los efectos de un contrato (artículos 229 y 230 del CPACA).

Además, sin perjuicio de la protección que otorga la acción popular, la transgresión de la moralidad administrativa constituirá objeto ilícito por contravenir el derecho público de la Nación (artículo 1519 del Código Civil –CC-) lo que genera la nulidad absoluta del contrato (artículo 1741 CC); recuérdese también que el artículo 899 del Código de Comercio dispone que es “*nulo el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa*” y que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece que “*los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...*”. En tal caso, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA<sup>66</sup>, se podrá solicitar la nulidad absoluta del contrato ante el juez administrativo, quien también podrá declararla de oficio.

#### **14. Aplicación práctica de los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal**

Con el fin de prevenir y sancionar los actos de corrupción en las diferentes etapas de la actuación contractual, y sin perjuicio de la utilización de la vía judicial cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de moralidad administrativa, la Sala recomienda que las entidades estatales materialicen los principios analizados en este concepto adoptando, entre otras, las siguientes medidas:

##### **7.1 En los estudios previos que sustentan la contratación, es inexcusable que las entidades estatales en los citados estudios no manifiesten explícitamente:**

d. El deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;

e. La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la *carga de conocimiento*, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una

*o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.*

66 “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Asimismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la **nulidad absoluta del contrato**. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”. (Resalta la Sala).



sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y

f. La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación. La Sala profundizará sobre este aspecto en el capítulo siguiente.

## 7.2. En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta:

f. Se podrá exigir a los proponentes que suscriban “*pactos o compromisos de integridad*”, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;

g. Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, “*declaración de origen de fondos*” en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2007;

h. Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;

i. Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados.

j. El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la información adicional que a su juicio resulte necesaria para cumplir con su deber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal.

Como lo dijo la Sala en el Concepto 1992 de 2010, los requisitos mencionados en precedencia no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo. Esto quiere decir que antes de la adjudicación debe estar verificado el cumplimiento de todas las condiciones del proponente y de la oferta, tanto las generales como las particulares del respectivo proceso de selección, de donde indudablemente se sigue que no será posible adjudicar el contrato al proponente que no haya cumplido con tales condiciones.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por “*medios ilegales*”, y que dentro de ese ámbito, los “*actos de corrupción*” se enmarcan dentro de la noción de “*medios ilegales*”.

Asimismo, se sugiere anunciar en los pliegos de condiciones que en el evento de adjudicarse la licitación, en el contrato se incluirán condiciones resolutorias expresas tendientes a prevenir actos de corrupción y multas en caso de incumplimiento, en los términos que enseguida se explicarán.

Por último, los pliegos de condiciones, en concordancia con los estudios previos, señalarán expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero. Por tanto, será obligación del proponente o contratista ofrecer garantías suficientes, a juicio de la entidad estatal, en caso de que las condiciones del riesgo de corrupción o riesgo financiero se hayan modificado entre el inicio del proceso de selección y la adjudicación o entre esta y la suscripción del contrato o durante la ejecución del mismo. Igualmente, el riesgo financiero será asignado en su totalidad al contratista.

### **7.3. En las cláusulas contractuales:**

ii. La entidad incorporará en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas.

iii. También se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero.

En todo caso, se establecerá que con base en las facultades de dirección y control del contrato, la entidad estatal podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

iv. Con el fin de proteger los intereses de la Administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal.

v. En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional, entre otros, se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.

Como puede advertirse, en la contratación estatal el riesgo de corrupción se ha contemplado como previsible, motivo por el cual la Sala estima que debe profundizar en dicha noción, con el objeto de sustentar las recomendaciones que sobre el particular ha realizado en precedencia.

#### **V. Los riesgos previsible en la contratación: el de corrupción, uno de ellos. La mitigación del riesgo a través de las garantías contractuales**

Dentro del contexto explicado ampliamente en este concepto, y concretamente dentro del deber de planeación y el principio de precaución, cabe preguntarse: *¿La satisfacción de los intereses generales ínsitos en la contratación estatal puede ponerse en riesgo por actos de corrupción a los que se encuentren vinculados los proponentes o contratistas?*

La respuesta indudablemente es afirmativa, motivo por el cual la Sala expone los siguientes criterios en relación con el riesgo de corrupción, su gestión y mitigación en la contratación estatal.

#### **4. Los riesgos previsible en los contratos estatales**

El desarrollo de un contrato celebrado por una entidad estatal, bien sea que se halle sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o que se encuentre exceptuada de su aplicación porque cuenta con un régimen jurídico especial o está sometida al derecho privado, puede ser afectado por circunstancias que alteran sus condiciones.

Tal como se dijo con anterioridad, al Fondo Adaptación le resulta aplicable la Ley 1150 toda vez que celebra contratos estatales con recursos públicos, razón por la cual, en materia de riesgo habrá de acatar la siguiente disposición:

*“Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación.*

*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.*

Específicamente, en torno al Fondo Adaptación, el Decreto 1068 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público” indica:

*“Artículo 2.13.1.3. Determinación de garantías o seguros. El Fondo Adaptación establecerá las garantías o seguros que debe exigir a los contratistas para la ejecución de sus contratos tenien-*

*do en cuenta para cada caso, la naturaleza y objeto del contrato, las condiciones de ejecución del mismo y los riesgos identificados, que deban ser cubiertos. Para los efectos previstos en el presente artículo el Fondo Adaptación podrá sujetarse al régimen de garantías establecido en el Decreto 1510 de 2013 o aquel que lo modifique, sustituya o compile, en aquello que resulte aplicable”.*

El Decreto 1510 de 2013 fue incorporado en el Decreto 1082 de 2015 “*Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*” y, en tal sentido, todo lo que a continuación se expone en materia de riesgos es susceptible de aplicación a las entidades estatales que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como también al Fondo Adaptación, en su condición de entidad sometida a un régimen especial de contratación.

El Decreto 1082 de 2015 definió el riesgo como el “*Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato*” (artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones).

Por su parte, el Documento Conpes 3714 de 2011, titulado “*Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*”, señala que la idea general de riesgo corresponde a “*una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento*”; entiende el riesgo contractual como “*todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo*”; en torno a los “*riesgos preVISIBLES*”, los tiene como “*todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales*”.

De lo expuesto en precedencia puede extraerse que las entidades estatales contratantes y en particular el Fondo Adaptación, tienen el deber de realizar un adecuado ejercicio de planeación que conduzca a la tipificación, estimación (cuantitativa y cualitativa) y asignación del riesgo previsible que pueda alterar el equilibrio económico del contrato.

El factor fundamental para la tipificación, estimación y asignación del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con la información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo, tal y como lo señala el Documento Conpes 3107 de 2001 “*Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*”.

Así las cosas, dentro de la estructura de los proceso de selección, el riesgo al que se enfrenta el “*proceso de contratación*” debe ser tenido en cuenta para efectos de establecer los requisitos habilitantes (artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015) y, adicionalmente, “*los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes*” deben estar contenidos en el pliego de condiciones (artículo 2.2.1.1.2.1.3., ibídem). A ello debe agregarse que en la licitación pública una de sus etapas obligatorias es la “*Audiencia de asignación de riesgos*”, de conformidad con el (artículo 2.2.1.2.1.1 del Decreto

1082 de 2015), en la cual la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva<sup>67</sup>.

En cuanto a los riesgos previsible que identifican los documentos Conpes citados se encuentran los: (i) económicos; (ii) sociales o políticos; (iii) operacionales; (iv) financieros; (v) regulatorios; (vi) de la naturaleza; (vii) ambientales, y (viii) tecnológicos.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, dispone lo siguiente:

*“Artículo 73. Plan anticorrupción y de atención al ciudadano. Cada entidad del orden nacional, departamental y municipal deberá elaborar anualmente una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano. Dicha estrategia contemplará, entre otras cosas, el mapa de riesgos de corrupción en la respectiva entidad, las medidas concretas para mitigar esos riesgos, las estrategias antitrámites y los mecanismos para mejorar la atención al ciudadano”. (Se resalta).*

Dado el alcance de la consulta, la Sala analizará los riesgos de corrupción y financiero.

## 5. El riesgo de corrupción

El Decreto 2641 de 2012 mediante el cual se reglamentaron los artículos 73 y 76 de la Ley 1474 de 2011, ordenó acoger el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano”<sup>68</sup> como parte integrante de ese decreto. Dentro del componente denominado “Metodología para la identificación de riesgos de corrupción y acciones para su manejo”, define el “riesgo de corrupción”, como “la posibilidad de que por acción u omisión, mediante el uso indebido del poder, de los recursos o de la información, se lesionen los intereses de una entidad y en consecuencia del Estado, para la obtención de un beneficio particular”.

A partir de la noción transcrita el documento señala, a título ilustrativo, los procesos y procedimientos susceptibles de actos de corrupción, a partir de los cuales cada entidad podrá identificar los riesgos de corrupción. Respecto de la contratación estatal, el documento describe los siguientes:

*“De contratación (Como proceso o los procedimientos ligados a este):*

*- Estudios previos o de factibilidad superficiales.*

67 En concordancia con lo dispuesto en el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012, a saber: “Artículo 220. Audiencias. El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, quedará así: 4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso\* hasta por seis (6) días hábiles. Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público”.

68 [www.anticorrupcion.gov.co/Documents/Publicaciones/Estrategias%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20del%20Plan%20Anticorrupci%C3%B3n%20y%20de%20Atenci%C3%B3n%20al%20Ciudadano.pdf](http://www.anticorrupcion.gov.co/Documents/Publicaciones/Estrategias%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20del%20Plan%20Anticorrupci%C3%B3n%20y%20de%20Atenci%C3%B3n%20al%20Ciudadano.pdf) Consultado el 13 de julio de 2015.

- *Estudios previos o de factibilidad manipulados por personal interesado en el futuro proceso de contratación. (Estableciendo necesidades inexistentes o aspectos que benefician a una firma en particular).*

- *Pliegos de condiciones hechos a la medida de una firma en particular.*

- *Disposiciones establecidas en los pliegos de condiciones que permiten a los participantes direccionar los procesos hacia un grupo en particular, como la media geométrica.*

- *Restricción de la participación a través de visitas obligatorias innecesarias, establecidas en el pliego de condiciones.*

- *Adendas que cambian condiciones generales del proceso para favorecer a grupos determinados.*

- *Urgencia manifiesta inexistente.*

- *Designar supervisores que no cuentan con conocimientos suficientes para desempeñar la función.*

- *Concentrar las labores de supervisión de múltiples contratos en poco personal.*

- *Contratar con compañías de papel, las cuales son especialmente creadas para financiero”*

Expuesto lo anterior, es claro que el documento “*Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano* resulta concordante con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido que el análisis de la situación fáctica de un proceso de contratación debe conducir a la tipificación, estimación (cuantitativa y cualitativa) y asignación del riesgo de corrupción. Expresamente el documento ordena elaborar un mapa de riesgos, la valoración de los mismos y una política de administración y seguimiento del riesgo de corrupción. Dentro de la citada política, se sostiene:

*“(…) Las acciones que debe tener en cuenta la alta dirección para su administración son: Evitar el riesgo: Tomar las medidas encaminadas a prevenir su materialización. Es siempre la primera alternativa a considerar, se logra cuando al interior de los procesos se generan cambios sustanciales por mejoramiento, rediseño o eliminación, resultado de unos adecuados controles y acciones emprendidas. Reducir el riesgo: Implica tomar medidas encaminadas a disminuir la probabilidad (medidas de prevención). La reducción del riesgo es probablemente el método más sencillo y económico para superar las debilidades antes de aplicar medidas más costosas y difíciles”*

De esta manera es claro que de tiempo atrás se ha contemplado en la contratación estatal el riesgo de corrupción como previsible y, por lo mismo, las entidades contratantes deben gestionarlo en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, con mayor razón cuando dicho riesgo impacta también el riesgo financiero según ya se ha planteado, aspecto que se profundiza a continuación.

## 6. Riesgo financiero

Dado el contexto de la consulta, y el ámbito funcional del sector transporte a cuya cabeza se encuentra el Ministerio de ese mismo nombre, responsable de las obras de infraestructura, bien sea mediante contratos de concesión, obra pública o asociaciones público – privadas (APP), se estima que sería el riesgo financiero el que se impactaría, en una mayor medida, por los posibles actos de corrupción de personas jurídicas vinculadas con proponentes o contratistas.

En efecto, el Documento Conpes 3107 de 2001, señala que dicho riesgo tiene dos componentes: (i) el riesgo de consecución de financiación; (ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. Los riesgos asociados con la financiación, independientemente del perfil de servicio de la deuda, están determinados también por el riesgo cambiario, el riesgo de tasa de interés y en algunos casos, dependiendo de la estructura, por el riesgo de refinanciación cuando se tomen créditos puentes que posteriormente deban ser sustituidos por emisiones en el mercado de capitales o nuevos empréstitos con el sector financiero.

Posteriormente, el Documento Conpes 3714 de 2011 retoma los criterios del Documento Conpes 3107 y sostiene:

*“4. Riesgos Financieros: Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones entre otros”.*

Lo anterior presupone que para la ejecución de un contrato estatal el contratista deba procurar los recursos para cumplir con el objeto contractual, los cuales deben ser financiados, por regla general, por el mercado de capitales o por el sector financiero. En consecuencia el riesgo financiero, por su naturaleza, debe ser asignado en su totalidad al inversionista privado o contratista<sup>69</sup>.

Si un contratista se encuentra vinculado o relacionado con una persona jurídica investigada por actos de corrupción, en los términos expuestos en este concepto, se generará respecto de ese contratista la posibilidad de que respecto de él se materialice, entre otros, un

<sup>69</sup> “El principio general es que el riesgo debe asumirlo la parte que pueda enfrentarlo en mejor forma, bien sea por su experiencia, conocimiento o papel dentro de la ecuación contractual, entre otras”. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. [www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf). Consultado el 8 de julio de 2015.

riesgo reputacional<sup>70</sup>, legal<sup>71</sup> o de contagio<sup>72</sup> que impida o dificulte ostensiblemente el financiamiento requerido para cumplir con el objeto contractual.

Ante la existencia de los mencionados riesgos, la entidad estatal contratante se encuentra en el deber, en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, de gestionarlos y mitigarlos, para lo cual puede acudir al régimen de garantías del contrato estatal.

## 7. Las garantías contractuales y la mitigación del riesgo

En materia de garantías en la contratación estatal, tanto las entidades que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las que cuentan con un régimen legal especial o se sujetan al derecho privado, la regla general está contenida el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007:

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

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

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

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

*Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento (...).” (Resalta la Sala)*

70 “1.6.1. Riesgo reputacional: Es la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa, cierta o no, respecto de la institución y sus prácticas de negocios, que cause pérdida de clientes, disminución de ingresos o procesos judiciales”. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica, Parte I. Instrucciones generales aplicables a las entidades vigiladas. Título IV Deberes y responsabilidades. Capítulo IV: instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo.

71 “1.6.2. Riesgo legal: Es la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales. Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones”. (Op. Cit)

72 “1.6.4. Riesgo de contagio: Es la posibilidad de pérdida que una entidad puede sufrir, directa o indirectamente, por una acción o experiencia de un vinculado. El vinculado es el relacionado o asociado e incluye personas naturales o jurídicas que tienen posibilidad de ejercer influencia sobre la entidad”. (Op. Cit).



Considerando lo expuesto en precedencia sobre el riesgo de corrupción y el riesgo financiero, los cuales deben ser asignados al contratista, la entidad estatal puede “transferir el riesgo”, lo cual se materializaría “a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien es el responsable”<sup>73</sup>.

Luego de una evaluación costo-beneficio y considerando que el riesgo financiero debe ser asignado al contratista, la entidad estatal puede “transferir el riesgo”, lo cual se materializaría “a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien es el responsable”<sup>74</sup>.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015 establece en la Sección 3 Garantías, Subsección 1. Generalidades, lo siguiente:

*“Artículo 2.2.1.2.3.1.1. Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título.*

*(Decreto 1510 de 2013, artículo 110)”*

Según el Decreto 1082, en la contratación estatal las garantías pueden ser:

*“Artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son: 1. Contrato de seguro contenido en una póliza. 2. Patrimonio autónomo. 3. Garantía Bancaria. (Decreto 1510 de 2013, artículo 111)”*

La Sala estima que el estado del riesgo no se debe alterar en todas las etapas de la actividad contractual, por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

*“Artículo 27. En los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.*

En tal virtud, si las condiciones del riesgo financiero han cambiado entre el inicio del proceso contractual y la adjudicación, o entre esta y el perfeccionamiento del contrato o durante

73 Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. [www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf). Consultado el 8 de julio de 2015.

Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 establece en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. “Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (Decreto 1510 de 2013, artículo 17)”

74 Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. [www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf). Consultado el 8 de julio de 2015.

Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 establece en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. “Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (Decreto 1510 de 2013, artículo 17)”

la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.

### Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

El marco constitucional y legal colombiano, así como los principios y prácticas internacionales en materia de prevención de la corrupción, encuentran concreción por medio de diferentes reglas en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de las cuales claramente tienen espacio las inhabilidades e incompatibilidades para la contratación estatal.

## 10. Libertad de contratación y restricciones

Las personas que se relacionan en el marco de la sociedad, bien sea que se encuentre organizada bajo el modelo del Estado Liberal o del Estado Social de Derecho, protagonizan el encuentro de fuerzas políticas, económicas y sociales de naturaleza pública y privada, respecto de las cuales las normas jurídicas procuran conciliar sus intereses.

La intervención del Estado en las actividades de los particulares y de las propias entidades estatales, para restringirlas a un ámbito donde se establezca y preserve el bienestar social, sin vulnerar la libertad y la iniciativa particular, constituye un fundamento esencial de nuestro sistema político y jurídico<sup>75</sup>.

Desde el punto de vista de la teoría general y, por supuesto, de la práctica, la libertad constituye uno de los fundamentos más importantes del Estado, la cual encuentra concreción en materia contractual en la facultad que tienen las personas naturales y jurídicas para contraer obligaciones y hacerse titulares de derechos, es decir, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad<sup>76</sup>.

En materia de contratación estatal, la libertad que tienen los particulares de participar en los procesos de selección, o de celebrar contratos con el Estado, concurre con el principio general de que las personas, tanto naturales como jurídicas, son hábiles y capaces para establecer vínculos jurídicos, tal y como lo dispone el Código Civil, *“toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”* (artículo 1503), y, en cuanto más interesa al asunto, la Ley 80 de 1993 *“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”* (artículo 6).

No obstante, el Estado interviene para proteger el interés general, y define que ciertas personas no pueden participar en procesos de contratación, ni celebrar contratos con entidades estatales, para lo cual establecen disposiciones de rango constitucional y legal, que conforman el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

75 Las herramientas constitucionales que legitiman esa intervención corresponden, principalmente, a la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1); la supremacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (artículo 4); el derecho a la igualdad (artículo 13); la buena fe (artículo 83); el deber de respetar el derecho ajeno y de no abusar del propio, la solidaridad social (artículo 95) y la moralidad administrativa (artículo 88).

76 Las fuentes constitucionales de la libertad contractual y de la autonomía de los sujetos, se encuentran en los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la libre asociación (artículo 38), a la propiedad privada (artículo 58) y a la libre iniciativa particular (artículo 333).

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>77</sup> ha precisado que el régimen de inhabilidades pretende que la función pública sea adelantada por *“sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella”*, así como también persigue el cometido de *“prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público”*. En el campo contractual, propiamente dicho, *“se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores”*.

## 11. Inhabilidades e incompatibilidades

La noción de inhabilidades e incompatibilidades ha sido objeto de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que constituyen *“impedimentos o tachas”*, los cuales, en el ámbito contractual corresponden a *“circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales”*<sup>78</sup>.

Aun cuando es cierto que *“ambos conceptos convergen en su tratamiento legal, puesto que definen circunstancias que generan una limitación o prohibición de orden legal para el acceso a la contratación estatal”*<sup>79</sup>, tradicionalmente, tanto por parte de esta Sala, como de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, se ha precisado que existen diferencias entre uno y otro concepto, así:

*“Las inhabilidades consisten esencialmente en impedimentos para acceder a un cargo público, hacer un trámite o contratar con una entidad estatal y se le aplican a una persona que en el momento en que se configuran, no es servidor público. Las incompatibilidades consisten en prohibiciones de efectuar determinada actuación o contratación, por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público. Las inhabilidades se dirigen al futuro, en el sentido de que afectan a alguien que aspira a determinado cargo público o que proyecta realizar una contratación con una entidad estatal, mientras que las incompatibilidades se dan en el presente, en la medida en que expresan una oposición entre el ejercicio del cargo del servidor público incurrido en ella y la realización de determinada función o contratación”*<sup>80</sup>.

*“Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que **no puede** poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona... En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica... La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones”*<sup>81</sup>.

77 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

78 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de octubre de 1996, exp. n.º 925

79 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646

80 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114.

81 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989. En el mismo sentido, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

Desde el punto de vista de su consagración legal, se observa que la normatividad estatal adolece de la falta de una definición sobre el particular, no obstante, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, las inhabilidades “*se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado*”, mientras que las incompatibilidades, atañen a la imposibilidad respecto de “*la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés*”<sup>82</sup>.

Los principios sobre los cuales se fundamentan las inhabilidades e incompatibilidades resultan coincidentes a los postulados que orientan la función administrativa en procura de la satisfacción del interés general, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política (artículo 209). Así, tanto la jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, como los pronunciamientos de la Corte Constitucional, han encontrado que tales principios corresponden a la transparencia<sup>83</sup>, economía, igualdad<sup>84</sup>, responsabilidad<sup>85</sup>, objetividad, imparcialidad<sup>86</sup> y moralidad<sup>87</sup>.

En torno al principio de la moralidad, ha sido enfática la jurisprudencia para señalar que “*en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho, constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades*”<sup>88</sup>. Una de las formas a través de las cuales se concreta este principio está referida a la política pública de prevención y erradicación de los actos de corrupción, así como también a la proscripción de ventajas y privilegios indebidos.

En tal sentido, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de algunas normas de la Ley 1474 de 2011, las medidas legislativas que se toman respecto de la materia, y que procuran satisfacer el interés general, están llamadas a prevalecer sobre la limitación de los derechos de los individuos inhabilitados, en tanto que “*consultan un principio de razón suficiente y supera el test de proporcionalidad, si se tiene en cuenta*

82 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>, consultado 22 de julio de 2015. Corte Constitucional, sentencia C-564/97: “*Con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos*”

83 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114: “*Las inhabilidades y las incompatibilidades se deben a la voluntad del constituyente y el legislador de aplicar efectivamente el principio de igualdad de oportunidades, evitar el tráfico de influencias y el conflicto de intereses, pero por sobre todo, garantizar que haya transparencia y claridad en el manejo de la gestión pública y principalmente en la contratación administrativa*”.

84 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996. En relación con el principio de igualdad, la jurisprudencia indica que “*se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 del Estatuto Fundamental*”.

85 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14652: “*la selección del contratista está sometido a los principios de transparencia, el cual impone una gestión contractual pública, eficiente y honesta; economía, que determina el desarrollo de un procedimiento contractual austero en trámites y gastos; de igualdad que garantice el libre acceso a los procedimientos precontractuales otorgando idénticas oportunidades y el de responsabilidad, que se funda en la protección de los bienes del Estado*”.

86 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989.

87 Corte Constitucional, sentencia C-211 de 1996. Sentencia C-179 de 2005; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395. En el marco de las acciones populares conocidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, también se ha reconocido a la moralidad administrativa como la fuente constitucional de las inhabilidades e incompatibilidades: Sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. n.º 2005-00549-01(AP)

88 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

que la restricción a los derechos resulta menor que el beneficio constitucional que pretende la medida y que se enmarca en la dirección de los principios esenciales de la función pública señalados en el artículo 209 superior<sup>89</sup>.

La doctrina, por su parte, ha indicado que más allá de los principios referidos con anterioridad para la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades, *“aparece otra finalidad del régimen, esto es, una preocupación por la eficacia de la gestión pública que impone separar a los candidatos que por su comportamiento previo o por su situación no garantizan el buen funcionamiento de la gestión contractual”*<sup>90</sup>.

En ese orden de ideas, las inhabilidades e incompatibilidades comprenden *“restricciones a la autonomía o libertad de contratación, concretamente al poder de disposición, legitimación para actuar u obrar”*. Las personas que en virtud de este régimen se ven impedidos para contratar, encuentran afectada su capacidad, puesto que continúan siendo capaces, solo que, en atención a *“su situación, posición, condición o relación o por la necesidad de preservar intereses superiores, no pueden disponer de los suyos mediante la celebración de negocios jurídicos y contratos o carecen de la habilidad para su recepción y soportar sus efectos, los cuales, en condiciones normales podrían celebrar”*<sup>91</sup>.

La Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó en una ocasión anterior que *“La inhabilidad es la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, lo que constituye una incapacidad particular, según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1504 del Código Civil”*<sup>92</sup>, no obstante, ahora hace énfasis en que la perspectiva que se debe privilegiar, bajo la preponderancia del interés general sobre el particular, no ha de tener como centro de justificación conceptual al sujeto que la soporta, sino a la condición imperativa de las normas constitucionales y legales que consagran las inhabilidades para proteger al conglomerado social, mediante la limitación o restricción de la libertad contractual de algunos sujetos de derecho, en algunas circunstancias específicas.

En tal sentido, la Sala reivindica en este concepto un desplazamiento del núcleo de la materia, del protagonismo del sujeto al del Estado, y lo explicita al dar mayor peso a la noción de restricción de la autonomía con base en normas de orden público, que a la de incapacidad particular.

## 12. Fuente constitucional y legal de las causales de inhabilidad e incompatibilidad

En nuestro ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales contienen las diferentes hipótesis de inhabilidades e incompatibilidades para contratar. La Constitución Política, en el artículo 122, inciso final, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, artículo 1° y por el Acto Legislativo 1 de 2009, artículo 4, prescribe que no podrán celebrar contratos con el Estado personalmente, o por interpuesta persona, *“quienes hayan sido condenados,*

89 Corte Constitucional, C-257 de 2013.

90 J. BENAVIDES, *El Contrato Estatal*, 2ª ed., Externado, 2004, p. 280-281.

91 W. NAMÉN, “Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades”, en *Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 495.

92 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346.

*en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior*<sup>93</sup>.

De manera específica, en torno a los congresistas se establece que no podrán “*Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno*”, ni “*Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones*” (artículo 180, incisos 2 y 4).

En el ámbito legal, la norma que agrupa de manera sistemática los diferentes supuestos de hecho constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades es el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, el cual ha sido objeto de diferentes modificaciones a lo largo de su vigencia, así como de pronunciamientos relacionados con la constitucionalidad de sus disposiciones. En la actualidad el referido régimen se integra de la siguiente forma:

*“Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:*

*1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos*<sup>94</sup> *y para celebrar contratos con las entidades estatales:*

*a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.*

*b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos*<sup>95</sup> *o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.*

*c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad*

*d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas*<sup>96</sup> *y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución*<sup>97</sup>.

*e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.*

*f) Los servidores públicos.*

93 La norma indica en el inciso siguiente: “*Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño*”.

94 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

95 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

96 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 1996.

97 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de 1996.

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes<sup>98</sup> y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso<sup>99100</sup>.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso<sup>101102</sup>.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad (o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior<sup>103</sup>), o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en la que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años<sup>104</sup>.

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

98 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009.

99 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

100 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

101 Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

102 Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

103 Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-630 de 2012.

104 Adicionado por la Ley 1150 de 2007, artículo 18. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 1.

*Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.*

*La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales<sup>105</sup>.*

*l) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.*

*Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente<sup>106107</sup>.*

*2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos<sup>108</sup> ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:*

*a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.*

*b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante<sup>109</sup>.*

*c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal<sup>110</sup>.*

*d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo<sup>111</sup>.*

<sup>105</sup> Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 2.

<sup>106</sup> Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 84, párrafo 2.

<sup>107</sup> Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434 de 2013.

<sup>108</sup> Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>109</sup> Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-429 de 1997.

<sup>110</sup> Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009.

<sup>111</sup> Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009.



e) *Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad solo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.*

f) *Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público<sup>112</sup>.*

*Parágrafo 1°. - La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.*

*En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio<sup>113</sup>.*

*Parágrafo 2.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.*

Con base en la norma transcrita, la Sala encuentra indispensable puntualizar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Puede tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de la pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc.

La Sala observa, en primer lugar, que el listado incorpora bajo un mismo texto, hipótesis susceptibles de ser tipificadas como inhabilidades o como incompatibilidades, puesto que no se da a la tarea de diferenciar entre unas y otras, no obstante que, tal y como se ha explicado hasta el momento, las inhabilidades y las incompatibilidades tienen nociones y naturaleza diferentes. Al respecto, la jurisprudencia indica que la agrupación bajo una sola norma de tales supuestos de hecho radica en que la finalidad del régimen y sus consecuencias jurídicas son idénticas y, en tal sentido, el legislador no encontró razón para darles un trato diferencial<sup>114</sup>.

En segundo lugar, es claro que la inhabilidad no constituye una sanción, puesto que “se produce como consecuencia de la ocurrencia del hecho, o de hallarse en la circunstancia que

<sup>112</sup> Adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011.

<sup>113</sup> Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>114</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646”.

describa el ordenamiento jurídico, y respecto del sujeto o sujetos que indique la norma que determina la inhabilidad”<sup>115</sup>. En términos de la Corte Constitucional:

*“Las inhabilidades del régimen jurídico pueden tener fuente diversa y pretender objetivos distintos. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido que las inhabilidades presentan dos tipologías que dependen de su procedencia jurídica y de la finalidad que persiguen. Un primer grupo tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad– que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad. La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que le impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades”<sup>116</sup>.*

En tercer lugar, el listado no agota las circunstancias constitutivas de inhabilidad e incompatibilidad en materia contractual, puesto que el literal a) del numeral 1 del artículo 8° precisa que las leyes podrán fijar causales para el efecto, más allá de las expuestas en la norma transcrita.

En este punto es importante relevar acerca de la ley, como fuente del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que la perspectiva constitucional ha reconocido que *“el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades”<sup>117</sup>*. Es decir, la Constitución Política reserva a favor de la ley la posibilidad de configurar normativamente la materia, razón por la cual se encuentra proscrito a las autoridades administrativas aumentar tales supuestos de hecho, so pena de nulidad de los actos correspondientes<sup>118</sup>. En tal sentido, la Sección Tercera ha precisado que el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de las inhabilidades e incompatibilidades no permite *“su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial”<sup>119</sup>*.

En torno a las disposiciones legales, se observa que la propia Ley 80 de 1993 añade supuestos a los comprendidos en su artículo 8, cuando en los numerales 3 y 6 del artículo 58 inhabilita a los servidores públicos, contratistas, interventores, consultores y asesores *“como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política”<sup>120</sup>*.

En el ordenamiento jurídico colombiano, entre otras normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades, se encuentran las siguientes:

115 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346. Por su parte la Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715 indica que: *“Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc., sin que pueda preconizarse que atienden a una exclusiva naturaleza sancionatoria”*.

116 Corte Constitucional, sentencia C-652 de 2003.

117 Corte Constitucional, sentencia C-257 de 2013.

118 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, exp. n.º 19.933.

119 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

120 J. SANTOFIMIO, *Tratado de Derecho Administrativo. T. IV. Contratación indebida*, Externado, 2004, p. 408 *“El artículo 58.6 de la Ley 80 de 1993 contiene, en nuestra opinión, una muy interesante inhabilidad de carácter contractual, que se inspira en razones jurídicas estrictamente preventivas. Esto es, comparte naturaleza de medida preventiva. Podemos sostener que nos encontramos ante una inhabilidad cautelar, tendiente a evitar que aquellas personas jurídicas a cuyo representante legal le hubiere sido dictada medida de aseguramiento, en razón de situaciones surgidas de una actuación contractual estatal, puedan presentar propuestas, es decir, participar en cualquier proceso de selección de contratistas o celebrar contratos durante el término de duración de la medida de aseguramiento”*.

– La Ley 142 de 1994 regula los “*conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades*” en materia “*del funcionamiento de las empresas de servicios públicos*” (artículo 44);

– La Ley 472 de 1998, dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo, podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 32);

– La Ley 489 de 1998 ordena que las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación se aplican a los representantes legales y a los miembros de juntas directivas u órganos de decisión, de las personas jurídicas privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas (artículo 113);

– La Ley 617 de 2000 contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 45), miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45);

– La Ley 689 de 2001 comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos (artículo 11);

– La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40);

– La Ley 828 de 2003 establece que las personas que no paguen las multas relacionadas con las sanciones por elusión o evasión de los pagos parafiscales, estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, mientras persista la deuda (artículo 5);

– La Ley 1148 de 2007 expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales (artículo 49);

– La Ley 1150 de 2007 indica que la cancelación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) da lugar a que el proponente correspondiente quede inhabilitado para contratar con el Estado (artículo 6, numeral 6.3);

La Ley 1474 de 2011 agregó al ordenamiento jurídico un supuesto de hecho de inhabilidad frente al incumplimiento reiterado (artículo 90) y otro respecto de la celebración de los contratos de interventoría (artículo 5); modificó y adicionó algunas de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 (numeral 1, literales j y k; numeral 2, literal f) y modificó una de las prohibiciones a los servidores públicos comprendidas en la Ley 734 de 2002 (artículo 35, numeral 22);

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6°, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), prescribe que está inhabilitada por cinco años la persona cuya inscripción en el Registro Único de Proponentes sea cancelada como consecuencia de graves inconsistencias y que en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

En ese orden de ideas, la Sala reitera que las fuentes jurídicas en virtud de las cuales se restringe la libertad de contratación en materia estatal son: (i) la Constitución Política, (ii) la Ley

80 de 1993 y (iii) un número plural de leyes que disponen lo propio en los diferentes sectores de la contratación del Estado, en el régimen disciplinario de los servidores públicos, en las medidas que prescriben respecto de los actos de corrupción y en otros campos del espectro normativo nacional. En todas las normas se evidencia la protección del interés general y de la moralidad administrativa como bases para la restricción a la libertad de contratar, aspectos que generan, en relación con el entendimiento y aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tensiones acerca de su debida interpretación.

### 13. Interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Proscripción de la analogía en la materia

La jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, así como las providencias de la Corte Constitucional, de forma consistente, reiterada y pacífica han determinado que la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de naturaleza restrictiva, en tanto que no es posible añadir a través de la analogía hipótesis adicionales a las comprendidas en la Constitución Política y en la ley.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha definido que cuando alguna norma legal disponga un supuesto de hecho como constitutivo de inhabilidad, habrá de interpretarse de manera restrictiva:

*“Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6° de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”*<sup>121</sup>

*“Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos en relación con la contratación estatal, están previstas en la ley 80 de 1.993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, **en forma taxativa y son de aplicación restrictiva**. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador, o que se deriven de la aplicación analógica o extensiva de dichas conductas”*<sup>122</sup>

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que *“el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado...”*<sup>123</sup>

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado, coherente con lo anterior, que las causales de inhabilidad e incompatibilidad *“tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva”*<sup>124</sup> y, por ende, que las entidades estatales

121 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, exp. n.º 925, Concepto del 30 de octubre de 1996.

122 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2004, exp. n.º 1578.

123 Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994

124 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

deben ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no le está dado “*crear nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a reemplazar al legislador*”; cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo “*por contravenir el orden jurídico*”<sup>125</sup>.

Adicional a lo anterior, desde la perspectiva de la moralidad administrativa y de la ética pública como fundamentos que dieron lugar al establecimiento del régimen, se afirma por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil que “*aun cuando las inhabilidades e incompatibilidades tienen un afán moralizador no constituyen normas morales, en el sentido de que su existencia depende únicamente de la ley y no de la convicción moral de una persona o de un grupo social*”<sup>126</sup>, de manera que precisan de la consagración constitucional o legal respectiva, para su existencia.

En ese orden de ideas, se toma como punto de partida la circunstancia de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye una limitación a la libertad de las personas, manifestada en la capacidad de contratar con el Estado, y hay unanimidad respecto de la imposibilidad de formular hipótesis interpretativas que añadan causales de inhabilidad e incompatibilidad más allá de las que se encuentran dispuestas en los textos constitucionales y legales<sup>127</sup>.

La Sala considera conveniente invocar en esta ocasión uno de los criterios interpretativos comprendidos en el Código Civil, para brindar una fundamentación adicional respecto de la taxatividad de tales causales y de su interpretación restrictiva, sin perjuicio de lo que ha sido usual en los pronunciamientos de esta Sala sobre el asunto. Así, el artículo 31 del Código Civil explica que “*lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*”, en tanto que “*la extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes*”<sup>128</sup>.

En atención a lo expuesto hasta el momento, la Sala quiere hacer énfasis en que el carácter taxativo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual no permite incorporar o aplicar causales no previstas en el ordenamiento jurídico de manera expresa, así como la im-

125 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395.

126 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114.

127 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de abril de 2006, exp. n.º 1732: “*Las razones de interés general en que se fundamenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el estatuto de contratación estatal... han llevado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación a determinar que las normas que lo fijan son de naturaleza exceptiva y su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo. Precisamente por poseer este carácter, su aplicación debe ajustarse estrictamente a los presupuestos que para cada causal haya señalado el legislador...*”

128 El artículo referido comprende los criterios de interpretación textual restrictiva y extensiva. El primero se explica con base en el principio de “*expressio unius est exclusio alterius*”, el cual significa que la expresión de uno es la exclusión del otro, de manera que en el evento en que se haya realizado una lista de causales, actividades o supuestos fácticos, para determinar el contenido y alcance de un texto, se deberá entender que comprende solamente lo que en él se expresó. Por el contrario, el criterio de interpretación extensiva, expuesto bajo la máxima “*ejusdem generis*”, indica que frente a los listados comprendidos en textos jurídicos, se considerarán incorporadas aquellas cosas que a pesar de no estar incluidas expresamente, son de la misma clase o condición de aquellas que sí se plasmaron.

En relación con estas máximas interpretativas, la Sala aprecia que el sentido de la ley es “*genuino*” cuando se lo interpreta para restringir las hipótesis de inhabilidad a los casos especificados en la norma, en función de la naturaleza de la norma como excepción al régimen general de la libertad contractual. En consonancia, huelga concluir que no procede la interpretación extensiva en atención al origen y a los cometidos de la norma, debidamente explicados con anterioridad.

Ahora bien, habida cuenta de que el artículo 31 remite a los demás criterios hermenéuticos, la Sala considera conveniente señalar que en atención a lo prescrito por el artículo 28, en su primera parte, es decir la regla según la cual: “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas*”, resulta natural y obvio entender que un listado que limita el derecho que tienen las personas para la participación en licitaciones y celebración de contratos con el Estado, es de interpretación restrictiva.

posibilidad de añadir supuestos de hecho diferentes con base en la analogía, no impiden al intérprete jurídico fijar el alcance de cada una de las hipótesis comprendidas expresamente en las normas constitucionales y legales, con base en la aplicación de los diferentes principios y cánones hermenéuticos.

Al respecto han indicado esta Sala y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente:

*“Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden cobijadas aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma”<sup>129</sup>.*

*“La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador... Las normas pueden interpretarse en forma sistemática o extensiva, lo cual no comporta la aplicación de la norma a casos no contemplados en ella. En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente.”<sup>130</sup>*

En ese orden de ideas, dentro del análisis del contenido de la inhabilidad comprendida en el literal j del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, habrá de cumplirse una labor hermenéutica para dilucidar su alcance, para revivir el espíritu que habita en la letra de la norma, cuestión que no implica la creación de inhabilidades e incompatibilidades por fuera de los casos comprendidos en las normas.

#### **14. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes**

Todo lo expuesto se aplica respecto de cualquier momento en el que se configure la inhabilidad, es decir: si tiene lugar con anterioridad a la adjudicación del contrato, período en el cual el sujeto de derecho implicado tiene la calidad de proponente; si se configura con posterioridad al momento de la adjudicación del contrato y con anterioridad a su perfeccionamiento, cuando se lo denomina adjudicatario; o si se concreta después del perfeccionamiento del contrato estatal, a partir del cual la inhabilidad se predica del contratista.

El artículo 9° de la Ley 80 de 1993 dispone sobre el particular:

129 Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de octubre de 2009, exp. n.º 1966.

130 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14.652.

*“Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución*

*Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.*

*Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal<sup>131</sup>.*

Además de la norma transcrita, es necesario considerar el inciso tercero del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, el cual indica que:

*“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”.*

En ese orden de ideas, la Sala clasifica los casos en que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se pueden presentar, en función de los momentos en que tienen lugar y de las consecuencias que generan, así:

– La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato. En este caso, se entenderá que el proponente *“renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo”* (inciso 2 del artículo 9° de la Ley 80 de 1993)<sup>132</sup>. En tal sentido, la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección.

– La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, lo cual da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal *“adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo*

131 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996. *“A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que lícita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.*

*Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual”.*

132 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646

lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad” (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).

– La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual. En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9° de la Ley 80 de 1993).

– La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal. Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciere parte de un consorcio o unión temporal y que se viera afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad; la norma indica que no es jurídicamente viable ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9° de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros<sup>133</sup>.

Lo anterior se predica de las sociedades que se hubieren constituido con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal y de la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación, puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7° de la Ley 80 de 1993)<sup>134</sup>.

Es importante resaltar que estas normas tendrán aplicación cuando quiera que sobrevenga la inhabilidad o incompatibilidad, es decir, de conformidad con el significado natural y obvio del verbo “*sobrevenir*”<sup>135</sup> cuando las inhabilidades o incompatibilidades acaezcan o sucedan después de iniciado el procedimiento administrativo de selección contractual correspondiente, o de expedido el acto de adjudicación, o de perfeccionado el contrato, según el caso. En tal sentido, “*la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal*”.<sup>136</sup>

Cuestión diferente ocurre cuando las inhabilidades o incompatibilidades estaban presentes antes del inicio del procedimiento de selección, de la adjudicación del contrato y de su perfeccionamiento, dado que en tal caso está incurso en una causal de nulidad absoluta del contrato respectivo (artículos 1502, 1740, 1741 del Código Civil, entre otros).

## **15. Aplicación de las causales de inhabilidad a entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Fondo Adaptación**

En relación con la inquietud que se suscita en torno a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades comprendido en la Ley 80 de 1993 y en sus normas complemen-

133 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

134 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de septiembre de 2000, exp. n.º 1283.

135 “*sobrevenir*. (Del lat. *supervenire*). 1. intr. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra. 2. intr. Venir improvisamente. 3. intr. Venir a la sazón”, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=sobrevenir>, el 26 de julio de 2013.

136 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.



tarias, a las entidades estatales que no están sujetas a tales normas para la contratación, sino que se encuentran sometidas a normas especiales o al derecho privado, la Sala advierte, sin lugar a duda, que la Ley 1150 de 2007 soluciona la pregunta en sentido positivo.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 define que *“las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública... estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”*.

Así, la Sala observa que esta norma resulta aplicable a todas las entidades estatales, en tanto que no haya una disposición especial que para un caso específico la desestime. Por tal razón, en principio, las entidades estatales que celebren contratos están sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Con anterioridad a la expedición de esta norma, en áreas especiales de la contratación estatal, se advertía, de manera expresa, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a tales entidades era el de la Ley 80 de 1993.

Así por ejemplo, en materia de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 dispuso que *“sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes”* (Artículo 44.4).

La Sección Tercera del Consejo de Estado, al analizar un caso en el cual estaba involucrada una empresa de servicios públicos, dispuso que *“... las empresas industriales y comerciales del Estado, en su gestión contractual están obligadas a dar cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 80 de 1993...”*<sup>137</sup>. En tal sentido, desde la perspectiva jurisprudencial se ha dispuesto que los procesos de selección adelantados por las entidades exceptuadas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, así como los contratos que celebran, están sometidos a las causales de inhabilidad e incompatibilidad que este prescribe.

En la actualidad, aun cuando no es necesario disponerlo expresamente, puesto que el citado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 está llamado a ser aplicado como regla general para todas aquellas entidades que tengan un régimen de contratación especial o de derecho privado, las normas que precisan el régimen de contratación de algunas entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, remiten específicamente a la norma.

En el caso del Fondo Adaptación, se advierte respecto de la celebración de contratos que se aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades por la previsión expresa que refiere su regulación al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007<sup>138</sup>. Así lo precisan la Ley 1753 de 2015

137 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41.339.

138 *“Artículo 7°. Régimen Contractual. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública”*.

“por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”<sup>139</sup> y la Resolución n.º 001 de 2012, “Por la cual se adopta el Manual de Contratación y de Supervisión del Fondo Adaptación”<sup>140</sup>.

En tal sentido, es imperativo que se apliquen las causales de inhabilidad e incompatibilidad del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública al Fondo Adaptación, no solo por lo expuesto hasta el momento, sino porque los principios que guían su actividad contractual.

## 16. Debido proceso para la aplicación de las inhabilidades

Las actuaciones de las autoridades de la República de Colombia, en cualquier escenario, deben tener como fundamento el debido proceso, en su condición de principio y de derecho fundamental. La comunidad en general y los contratistas en particular depositan su confianza en las autoridades, las cuales deben motivar sus actos y someterlos a las disposiciones constitucionales y legales. Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, mandato este que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva que serán posteriormente explicados”*.<sup>141</sup>

Así, en relación con la contratación estatal la Ley 80 de 1993 desarrolla el principio en cuestión en diferentes artículos, entre otros: el artículo 59, cuando prescribe que en aquellos casos en los que se tome una decisión en contra de un proponente o de un contratista las autoridades competentes, en providencia motivada, precisarán los hechos que le dan lugar, los medios de impugnación y defensa, los términos de que dispongan, la autoridad encargada; el artículo 24, en sus numerales 2 y 7, al indicar que los proponentes y contratistas tienen el derecho de obtener información sobre los reportes e informes y de controvertirlos, así como también la debida motivación que se exige a los actos expedidos por la entidad en la actividad contractual o en ocasión de ella.

139 “Artículo 155... Inciso 2. Los contratos para la construcción y reconstrucción necesarios para la superación de los efectos derivados de la ocurrencia de desastres naturales a cargo del Fondo Adaptación, y en general todos aquellos necesarios para la ejecución de estas actividades se regirán por el derecho privado. Lo anterior, con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y de aplicar lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. La excepción a la aplicación al Estatuto General de Contratación Pública para los contratos a que se refiere el presente inciso estará vigentes hasta el 31 de diciembre de 2018”.

140 “Artículo 12. El Fondo Adaptación aplicará el Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades establecido en la Constitución, la Ley y demás normas que lo reglamenten o adicionen”.

141 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

En particular, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 indica que *“las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables a las actuaciones administrativas”*, cuestión que claramente remite al CPACA, el cual ordena la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° numeral 1.

En ese orden de ideas, en relación con la actividad contractual estatal, cuando quiera que se configure una causal de inhabilidad o incompatibilidad respecto de un proponente, adjudicatario o contratista, habrá de acatarse el principio del debido proceso para que la entidad estatal declare la existencia de la causal correspondiente.

Es importante considerar también, que independientemente de que la entidad estatal contratante se encuentre sujeta a un régimen especial de contratación o al del derecho privado y, por ende esté exceptuada del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, tal y como es el caso del Fondo Adaptación, sus actuaciones contractuales, en general, y las que atañen a las decisiones que se tomen en torno a la inhabilidad o incompatibilidad de un proponente o contratista, en especial, deben estar guiadas por el debido proceso, y han de proferirse por parte del funcionario competente.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estudiar un contrato celebrado por una empresa industrial y comercial del Estado, luego de concluir que se debía regir en cuanto concierne al régimen de inhabilidades por la Ley 80 de 1993 y por las normas que complementan y modifican, precisó que: *“...la aplicación de las normas que conforman dicho régimen involucra el ejercicio de la función administrativa y por ende es posible que para su aplicación expidan aquellos actos que tienen la connotación de administrativos, los cuales deben cumplir con las formalidades que dispongan las normas superiores y ser emitidos por el funcionario con competencia para el efecto”*<sup>142</sup>

En relación con el funcionario competente para dar aplicación a las inhabilidades en materia contractual, se indicó en la providencia referida que *“no es otro que el jefe o representante legal de la entidad o el servidor en quien este delegue”*<sup>143</sup>, cuestión que, llegado el caso, habrá de acatar el Fondo Adaptación en cumplimiento del debido proceso.

## **17. Sociedades matrices y subordinadas, sucursales y grupos económicos**

Como quedó arriba reseñado, algunas de las causales de inhabilidad e incompatibilidad involucran los conceptos de sociedades matrices y subordinadas propios de la legislación mercantil, razón por la cual resulta pertinente para el entendimiento pleno de tales disposiciones recordar esas nociones, junto con las de sucursales, grupos económicos y sociedades anónimas abiertas.

En torno a la sociedad, entendida como persona jurídica diferente de los socios considerados individualmente, con capacidad para celebrar los contratos que correspondan *“al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto”* (Código de Comercio, artículos 98 y

142 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41.339.

143 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41.339.

99)<sup>144</sup>, resulta de suma importancia para el análisis que adelanta la Sala explicar las nociones jurídicas y mercantiles de sucursal, matriz, subordinada, filial, subsidiaria y grupo empresarial, así como también el concepto de sociedad anónima abierta.

En tal sentido, en Colombia las sucursales están definidas en el Código de Comercio como “establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad” (artículo 263). Los establecimientos de comercio en su condición de bienes mercantiles, constituyen “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa” (artículo 515).

Por su parte, las personas jurídicas de naturaleza societaria, cuya constitución no es nacional, encuentran definición en el Código de Comercio, cuando se prescribe que “son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior” (artículo 469), las cuales, para efectos de “emprender negocios permanentes en Colombia” habrán de establecer “una sucursal con domicilio en el territorio nacional” (artículo 471).

Así, de acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, la sucursal de sociedad extranjera es solo una prolongación de la matriz, carente de personería jurídica, no es bajo ninguna circunstancia un ente autónomo, pues la sucursal es el establecimiento de comercio de una sociedad extranjera sujeta a las reglas de una sociedad colombiana<sup>145</sup>.

Por el contrario, hay ocasiones en las cuales se estructuran conglomerados empresariales con base en sociedades que, en tal condición, cuentan con personería jurídica autónoma e independiente. En un sinnúmero de ocasiones, las sociedades aportan bienes al capital de otras y se hacen titulares de las acciones o de las partes o cuotas de interés correspondientes, cuestión que puede implicar, en función del porcentaje de participación, que sometan el poder de decisión de tales sociedades receptoras de su inversión a su voluntad. Al respecto, las sociedades integrantes del conglomerado asumen posiciones diferentes, que dan lugar a diversas denominaciones, de acuerdo con la normatividad mercantil nacional, en el siguiente sentido: (i) la sociedad matriz o controlante es aquella que somete a su voluntad el poder de decisión de otras sociedades, las cuales reciben el nombre de (ii) subordinadas o controladas; las sociedades subordinadas se presentan bajo dos denominaciones en atención a la influencia directa o indirecta que reciben de la matriz o controlante: serán (iii) filiales si están sometidas directamente a la sociedad matriz, y (iv) subsidiarias si lo están indirectamente, por medio de otras subordinadas de la matriz<sup>146</sup>.

Una vez definidas las calificaciones legales de las sociedades en relación con su participación en los eventuales conglomerados, se establecen las presunciones de subordinación

144 El Código Civil define que: “se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (artículo 633). En aquellos casos en los cuales las personas jurídicas tienen ánimo de lucro, se constituyen bajo la forma de sociedad mercantil, esto es, en términos del Código de Comercio, el contrato en virtud del cual “dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social” (artículo 98).

145 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-001093 del 2 de Enero de 2011; Circular Externa 030 del 26 de noviembre de 1997.

146 Ley 222 de 1996: “Artículo 26. Subordinación. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o control ante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

para aquellas situaciones en las cuales las personas jurídicas o naturales controlantes, directa o indirectamente, tengan la titularidad de la mayoría del capital de una sociedad; o cuenten con las mayorías necesarias para decidir en los órganos de administración de la sociedad controlada; o cuando en virtud de un negocio ejerzan influencia dominante sobre la sociedad subordinada (artículo 27 de la Ley 222 de 1995).

Ahora bien, cuando junto al vínculo de subordinación referido se presenta unidad de propósito y dirección en las sociedades, en el sentido en que sus actividades, y su propia existencia, procuran una finalidad establecida por la matriz en atención a la dirección que ejerce sobre el conjunto, se habrá configurado un grupo empresarial (artículo 28 de la Ley 222 de 1995).

En algunas ocasiones, sociedades colombianas y extranjeras, en condición de matrices y subordinadas, conforman grupos empresariales, lo cual genera inquietudes respecto de la forma como se han de cumplir las disposiciones nacionales en la materia cuando se incorpora el elemento de la internacionalidad. Por ejemplo, si le resulta exigible la obligación de rendir un informe especial ante la asamblea o junta de socios acerca de las relaciones existentes entre las controlantes y las subordinadas, o si deben cumplir con la obligación de inscribir en el registro mercantil a tales grupos empresariales (artículos 29 a 33 de la Ley 222 de 1995).

Al respecto se aprecia que no solo en las épocas actuales de auge en los procesos de internacionalización de la economía y de globalización de los negocios, sino desde el siglo XIX se ha dispuesto que las sociedades establecidas en un país deben acatar las normas respectivas, no obstante su origen extranjero.

En efecto, el “*Tratado de Derecho Comercial Internacional*” suscrito el 12 de febrero de 1889, incorporado en la legislación nacional por medio de la Ley 33 de 1992, acerca de las sociedades dispone que “*el contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial*” (artículo 4). En tal sentido, las compañías creadas conforme a la legislación colombiana, sin importar su pertenencia a un conglomerado con origen legal en otro país, están sujetas a las normas nacionales.

De otra parte, en relación con las sucursales de sociedades extranjeras, indica la norma centenaria que “*las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen*” (artículo 6), caso en el cual las controversias judiciales que surjan en torno a su actividad en ese país, podrán ser instauradas ante los tribunales respectivos (artículo 7). Resulta pues indudable que las matrices y subordinadas, filiales y subsidiarias de los grupos empresariales y conglomerados que tengan origen o presencia en Colombia, así como las sucursales, deben cumplir con las normas que resulten aplicables<sup>147</sup>.

147 Claramente, la existencia de diferentes personas, en particular de sociedades, dentro de un grupo empresarial, posibilita a cada una la ejecución de actividades independientes respecto de las demás sociedades que lo integran. De forma consecuente, tal independencia y autonomía, reconocidas legalmente a las personas jurídicas, implica que, en principio, las sociedades no se vean afectadas por la consagración de alguna incapacidad especial para la contratación por la simple causa de que otra sociedad, perteneciente al mismo conglomerado o grupo, se encuentra tipificada dentro de tales supuestos de hecho. No obstante, tal y como lo ha advertido esta Sala, concepto del 17 mayo de 2001, exp. n.º 1346: “*la teoría clásica según la cual la sociedad comercial constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ha sido atemperada e incluso modificada por la teoría del control jurídico y económico, establecida para hacer frente a la realidad contemporánea de grupos económicos y de*

Finalmente, con el propósito de absolver los temas sometidos a consideración de la Sala, resulta indispensable establecer el significado legal del término “*sociedad anónima abierta*”.

Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 “*Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*” en el artículo 2.2.1.1.2.2.8., reproduce lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*”, y bajo el título de “*inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas*” define que: “*las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario*” (artículo 32).

Esta reglamentación obedece al mandato del legislador, el cual ordenó: “*Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas*” (parágrafo 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993)<sup>148</sup>. Así, el concepto de sociedad anónima abierta tiene alcance específico acerca de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los literales h), j) y k) del numeral 1, y d) del numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

## 18. Una reflexión desde el derecho comparado. El caso de los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, en el nivel federal, el “*Code of Federal Regulations*” (CFR) establece dos mecanismos que permiten inhabilitar a personas que buscan contratar con el Estado<sup>149</sup>. Estos se conocen con el nombre de “*debarment*”<sup>150</sup> y “*suspension*”<sup>151</sup> y se encuentran regulados a partir de la sección 9.400 del Título 48 del CFR.

Aunque estos dos mecanismos son similares en muchos aspectos, se diferencian principalmente en que mientras la figura del “*debarment*” es una decisión final, la “*suspension*” corresponde a una de carácter temporal, pues se adopta mientras se completa o finaliza una investigación o proceso judicial<sup>152</sup>. Los mencionados mecanismos tienen como características principales las siguientes:

1. Permiten que los contratos se celebren con “*contratistas responsables*”<sup>153</sup>, concepto que se determina legalmente, por parte del CFR, al indicar:

---

*vinculaciones societarias cada vez más complejas*”. Conviene tener en cuenta, desde la óptica de diferentes disposiciones legales, entre ellas, la ley 190 de 1995, “*las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por esta*” (artículo 44). Al respecto, ha expuesto la Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1999, exp. n.º 10641: “*Esta disposición tiene como objeto evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo (lifting the corporate veil) y se descubrirá el beneficio oculto*”.

148 Con anterioridad, la norma que prescribía sobre el particular Decreto 679 de 1994, “*Artículo 5.- Para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones: 1. Tengan más de trescientos accionistas. 2. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. 3. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores*”.

149 9.403.

150 9.406-1.

151 9.407-1. Véase igualmente: Caiola v. Carroll, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 851 F.2d 395, 1988.

152 U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, Audit of administrative suspension, debarment, and other internal remedies within the Department of Justice, Audit Report 12-01. Octubre de 2011, p. iv.

153 9.402.

“Para ser calificado como responsable, un potencial contratista debe: (a) Tener los recursos financieros adecuados para ejecutar el contrato, o la habilidad para obtenerlos... (b) Ser capaz de cumplir con la entrega requerida o propuesta o el cronograma de ejecución, tomando en consideración todos los compromisos comerciales y gubernamentales; (c) Tener un record satisfactorio de ejecución... Un potencial contratista no será considerado responsable o no responsable solamente con base en una falta de historia relevante de desempeño, excepto lo establecido en 9-104-2; (d) Tener un record satisfactorio de integridad y ética comercial... (e) Tener la organización, experiencia, contabilidad y controles operacionales necesarios, y las habilidades técnicas, o la habilidad para obtenerlas... (f) Tener la producción, construcción y equipo técnico e instalaciones, o la habilidad para obtenerlas... y (g) Por lo demás estar calificado y ser elegible para recibir un contrato bajo las leyes y regulaciones aplicables] (traducción libre)”<sup>154</sup>

2. No se busca con ellos sancionar o castigar al contratista, sino proteger los intereses de la administración<sup>155</sup>.

3. Aunque la ley establece algunos parámetros que la Agencia estatal debe considerar para adoptar la decisión correspondiente<sup>156</sup>, la misma legislación reconoce expresamente que esta goza de una facultad o potestad discrecional<sup>157</sup>. En desarrollo de lo anterior, la Agencia no está obligada a implementar los señalados instrumentos aunque se presente alguna de las causales para su ocurrencia<sup>158</sup>.

4. Respecto a sus efectos, tanto “*debarment*” como “*suspension*” provocan, entre otros, que una persona quede inhabilitada para celebrar contratos con el Estado, razón por la cual, en principio no podrá ser adjudicatario de contratos ni ser invitado para enviar ofertas para contratar. Al respecto se presenta una excepción, consistente en que, no obstante la circunstancia de hallarse bajo una decisión que somete al contratista al “*debarment*” o “*suspension*”, la Agencia podrá contratar con él si existe una razón determinante para hacerlo<sup>159</sup>.

154 La Sala ha realizado una traducción libre de la sección 9.104-1 del CFR: “*To be determined responsible, a prospective contractor must -- (a) Have adequate financial resources to perform the contract, or the ability to obtain them (see 9.104-3(a)); (b) Be able to comply with the required or proposed delivery or performance schedule, taking into consideration all existing commercial and governmental business commitments; (c) Have a satisfactory performance record (see 48 CFR 9.104-3(b) and part 42, subpart 42.15). A prospective contractor shall not be determined responsible or nonresponsible solely on the basis of a lack of relevant performance history, except as provided in 9.104-2; (d) Have a satisfactory record of integrity and business ethics (for example, see Subpart 42.15). (e) Have the necessary organization, experience, accounting and operational controls, and technical skills, or the ability to obtain them (including, as appropriate, such elements as production control procedures, property control systems, quality assurance measures, and safety programs applicable to materials to be produced or services to be performed by the prospective contractor and subcontractors) (see 9.104-3(a)); (f) Have the necessary production, construction, and technical equipment and facilities, or the ability to obtain them (see 9.104-3(a)); and (g) Be otherwise qualified and eligible to receive an award under applicable laws and regulations (see also inverted domestic corporation prohibition at 9.108.* Igualmente, respecto al concepto de contratista responsable la jurisprudencia ha indicado: “*The test for whether debarment is warranted is the present responsibility of the contractor Roemer v. Hoffmann, 419 F. Supp. 130, 131 (D.D.C. 1976). In government contract law, “responsibility” is a term of art, defined to include the honesty and integrity of the contractor as well as the ability to successfully perform a contract.*” [“El test para determinar si se ordena la exclusión es la responsabilidad presente del contratista.... En el derecho de los contratos estatales, “responsabilidad” es un término particular, definido para incluir la honestidad y la integridad del contratista así como también la habilidad para ejecutar satisfactoriamente un contrato”] (traducción libre). *Delta Rocky Mountain Petroleum, Inc.; v. The United States Department of Defense, United States District Court for the District of Colorado, 726 F. Supp. 278, 1989.* Igualmente, en otra oportunidad se señaló: “*In making the responsibility determination, the contracting officer must determine that the contractor has “a satisfactory record of integrity and business ethics.”* [Al tomar la determinación de responsabilidad, el oficial contratante debe determinar que el contratista tiene un record satisfactorio de integridad y ética en los negocios.] (traducción libre). *Impresa Construzioni Geom. Domenico Garufi v. The United States, United States Court of Federal Claims, 52 Fed. Cl. 421.*

155 9.407-1 y 9.402(b).

156 9.406-1.

157 9-402. Véase Igualmente: *Peter Kiewit Sons' Co. v. U.S. Army Corps of Engineers, United States Court of Appeals, 714 F.2d 163, 1983.*

158 9.406-1.

159 9.405. Véase también: *Med Trends, Inc. v. United States, United States Court of Federal Claims 2011, U.S. Claims LEXIS 2212, 2011.*

5. El procedimiento para tomar la decisión lo determina la propia Agencia<sup>160</sup> del Estado<sup>161</sup>. En todo caso, este debe ser respetuoso del derecho al debido proceso<sup>162</sup>.

6. Las personas que hayan sido objeto de “*debarment*” o “*suspension*” se incluyen en el “*System for Award Management (SAM) Exclusions*”<sup>163</sup>.

7. Las causales que dan lugar a la aplicación de las señaladas figuras son establecidas por la ley<sup>164</sup>. En el caso del “*debarment*”, se destaca como causal la existencia de una decisión civil o penal proferida como consecuencia de: i) la comisión de fraude u ofensa penal relacionada con la obtención, intento de obtener o ejecución de un contrato o subcontrato, ii) la violación de leyes estatales o federales de competencia en relación con el envío de ofertas, o iii) la comisión de los delitos de desfalco, robo, falsificación o destrucción de archivos, falsa afirmación, evasión de impuestos o la recepción de propiedad robada. Igualmente, entre las causales señaladas por la ley se incluye la comisión de una ofensa que indique una falta de integridad u honestidad en los negocios que de forma seria y directa afecte la responsabilidad actual (*present responsibility*)<sup>165</sup> de la persona.

Sin embargo, debe resaltarse que la inhabilitación por “*debarment*” puede también presentarse sin que necesariamente exista una sentencia judicial, pues la ley estableció que una persona puede quedar sujeta a dicha decisión con fundamento en cualquier causa grave o apremiante que afecte su responsabilidad actual, a juicio de la Agencia que toma la decisión.

De otra parte, surge el interrogante de si es posible acudir al mecanismo de “*debarment*” con fundamento en decisiones judiciales proferidas por cortes extranjeras. Frente a este punto, la doctrina considera que la respuesta debe ser negativa, pues siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>166</sup>, a menos que de la ley o la intención del legislador se derive lo contrario, debe presumirse que las leyes promulgadas por el Congreso se refieren a asuntos de carácter nacional y no extraterritorial<sup>167</sup>. A este argumento puede sumarse además el hecho de que las cortes norteamericanas tradicionalmente no otorgan validez a sentencias judiciales extranjeras de naturaleza penal por razones de orden público<sup>168</sup>.

En todo caso, no puede perderse de vista que la figura de “*debarment*” establece también como una de las causales para su aplicación el que existan causas graves o apremiantes que afecten la responsabilidad presente de la persona, de tal suerte que una sentencia judicial extranjera podría servir para fundamentar la decisión. Lo anterior teniendo en cuenta que en los Estados Unidos las decisiones judiciales extranjeras sirven como evidencia<sup>169</sup>. Con todo,

---

160 4-403.

161 9-402.

162 9-406-3.

163 9-404.

164 9-406-2.

165 Respecto al concepto de responsabilidad presente véase: U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, ob. cit.

166 *Small v. United States*, Supreme Court of the United States, 544 U.S. 385, 2005. Véase igualmente: *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, Supreme Court of the United States, 336 U.S. 281, 1949.

167 *Sope Williams-Elegbe, Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Hart Publishing, 2012.

168 David Epstein, Baldwin, Charles S., *International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice, and Strategy*, Nijhoff, 2010, p. 388. Véase igualmente: William S. Dodge, *Breaking the Public Law Taboo*, Harvard International Law Journal, Vol. 43, No. 1, 2002, p. 162.

169 *Donnelly v. Federal Aviation Administration and National Transportation Safety Board*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 411 F.3d 267, 2005.



será de todas maneras necesario que existan otros argumentos o razones adicionales que sustenten dicha medida.

Finalmente, en el caso de la figura de “*suspension*”, la ley estableció causales similares a las señaladas para el “*debarment*”<sup>170</sup>. Empero, debe destacarse que para el caso de la primera no se exige una sentencia o decisión judicial, sino que es posible su imposición con fundamento en evidencia adecuada<sup>171</sup>. Asimismo, la propia ley señala que constituye “*adecuada evidencia*”<sup>172</sup> la existencia de una acusación (*indictment*)<sup>173</sup> para el caso de ciertos delitos señalados en la norma<sup>174</sup>.

## VII. Interpretación y aplicación de las normas y causales de inhabilidad invocadas en la consulta

En la consulta se hace referencia a tres normas legales principales, que en su conjunto establecen varias inhabilidades para contratar. Tales disposiciones son el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, el artículo 58, numeral 6º de la misma ley, y el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011.

La Sala considera que para interpretar y aplicar en forma adecuada dichas normas y causales de inhabilidad, es indispensable tener en cuenta, por una parte, el principio de territorialidad de la ley colombiana, especialmente en lo concerniente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por otra parte, los tratados internacionales suscritos por Colombia para la lucha contra la corrupción, que fueron explicados en forma previa.

El Fondo Adaptación expresamente se halla sometido al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, comprendido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con lo expuesto en el concepto, razón por la cual las consideraciones que se harán a continuación le resultan plenamente aplicables. En esa medida, procederá la Sala a referirse al principio de territorialidad, para adentrarse luego en el análisis particular de cada una de las disposiciones legales citadas y de las inhabilidades que estas contienen.

### 1. Territorialidad de la ley colombiana, en general, y de las normas de contratación estatal, en particular

Tradicionalmente se ha considerado que la territorialidad de la ley es una manifestación o emanación de la soberanía de los Estados, en cuanto implica que todas las personas que se hallan dentro del territorio de un país, incluyendo las extensiones de este aceptadas generalmente por el derecho internacional (naves, aeronaves etc.), se encuentran sometidas a la Constitución y a las leyes de ese Estado, independientemente de que se trate de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. El mismo principio implica que tales personas

170 9.407-2

171 9.403. Véase también *Rsi, Inc. v. United States*, United States District Court for the Western District of Texas, 772 F. Supp. 956, 1991.

172 Evidencia adecuada es aquella información suficiente para sustentar la creencia razonable de que un acto u omisión particular ha existido. *Mainelli, Jr. v. The United States of America*, United States District Court for the District of Rhode Island, 611 F. Supp. 606, 1985.

173 Para la definición de “*indictment*” véase 9-403.

174 *Lion Raisins, Inc. v. United States*, United States Court of Federal Claims, 64 Fed. Cl. 536, 2005.

están sometidas también a las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales del Estado en el cual se encuentran o al cual pertenecen.

Es por esta razón que el artículo 4º, inciso 2º de la Carta Política dispone que “*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*”, y que el artículo 95 *ibidem* reitera que “*toda persona*” está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Con la misma orientación, el artículo 2º, inciso 2º de la Constitución dispone que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas “*residentes en Colombia*”, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; el artículo 13 consagra el principio y derecho a la igualdad, especificando (en cuanto concierne a esta consulta) que no puede haber discriminación por razones de “*origen nacional*”, y el artículo 100 señala que los extranjeros en Colombia disfrutan de los mismos derechos civiles reconocidos a los colombianos, pero que la ley puede subordinar a condiciones especiales tales derechos o negarles el ejercicio de algunos de ellos “*por razones de orden público*”.

En forma complementaria, el artículo 18 del Código Civil estatuye que “*la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros en Colombia*”, y el artículo 57 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4 de 1913) reitera que “*las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo, respecto de estos, los derechos concedidos en los tratados públicos*”.

Las normas constitucionales y legales citadas permiten esbozar un segundo aspecto que resulta esencial en el análisis del principio de territorialidad, a saber: que dicho principio no es absoluto, ya sea porque esas mismas disposiciones y los tratados internacionales vigentes y obligatorios para Colombia permiten en determinados casos la no aplicación de ciertas normas a los extranjeros que se encuentren permanente o transitoriamente en el país (excepción a la aplicación territorial de la ley colombiana), o bien porque la ley colombiana o los tratados internacionales disponen, en algunos eventos, la aplicación de aquella ley a los nacionales o residenciados que se encuentren fuera del territorio nacional (aplicación extra-territorial de la ley colombiana), como lo consagra, por ejemplo, el artículo 19 del Código Civil<sup>175</sup>.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia C-621 de 2001<sup>176</sup>, manifestó lo siguiente sobre la aplicación del principio de territorialidad en materia penal:

*“El principio de territorialidad se ha entendido tradicionalmente como la posibilidad de que un Estado aplique las normas de su ordenamiento dentro del territorio bajo su dominio, sin*

175 “Artículo 19. Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1º) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

176 Corte Constitucional, sentencia C-621 del 13 de junio de 2001. Exp. D-3268.

*interferencia alguna de otros Estados. En el caso de la ley penal, el principio de territorialidad significa que el Estado podrá aplicar su derecho penal a las conductas ilícitas ocurridas dentro de los límites de su territorio, o de extensiones jurídicamente aceptadas de este. Se trata de un criterio relativo al ámbito espacial de aplicación de la ley, diferente a otros criterios como el estatuto personal o el real.*

*Tal como lo señaló la Corte, el principio de territorialidad es:*

**(...) “fundamento esencial de la soberanía, de acuerdo con el cual cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser este su “natural” ámbito espacial de validez”<sup>177</sup>**

*La definición de cuál sistema penal puede juzgar un hecho ilícito ocurrido total o parcialmente en un lugar distinto a aquel donde se encuentra el presunto delincuente, ha llevado tradicionalmente a sopesar cuatro elementos relacionados con la aplicación del principio de territorialidad: el lugar de ocurrencia del hecho ilícito, la nacionalidad del autor del ilícito, **la nacionalidad del bien jurídico vulnerado con la conducta ilícita y la importancia para la comunidad internacional del bien jurídico tutelado** que resulte afectado por el delito. La ponderación de estos cuatro elementos ha conducido a la adopción de distintas soluciones...” (Resaltamos).*

En materia de contratación pública, es necesario recordar, en primer lugar, que conforme al inciso final del artículo 150 de la Constitución, una de las funciones asignadas al Congreso de la República mediante la elaboración de las leyes, es la de *“expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”*.

De dicho canon constitucional, en armonía con lo que se ha explicado sobre el principio de territorialidad de la ley, surge con claridad que todo lo relativo a la actividad contractual del Estado colombiano y de las entidades, organismos y órganos que lo componen está sujeto a la ley colombiana y a las decisiones que con base en ella adopten las autoridades del país.

Lo anterior trae consigo consecuencias positivas y negativas para la interpretación y aplicación de tales normas, pero no en un sentido valorativo o axiológico, sino en un sentido estrictamente lógico; es decir, aspectos que están cobijados por dicha ley, aunque intervengan en ellos personas extranjeras u ocurran total o parcialmente en el exterior, y elementos que quedan por fuera de la aplicación de la ley colombiana, por suceder enteramente en el exterior y encontrarse sujetos a la ley foránea o incluso, como sucede en ocasiones, por estar sometidos a otra legislación, aunque los hechos en que se basen ocurran total o parcialmente dentro del país, según lo disponga la ley o el derecho internacional convencional o consuetudinario.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007<sup>178</sup>, regula parcialmente la territorialidad de la ley colombiana y la extraterritorialidad de la ley extranjera, en relación con los contratos estatales, al disponer:

<sup>177</sup> “[33] Corte Constitucional, Sentencia T-1736/00, MP: Carlos Gaviria Díaz, relativa a una presunta violación del derecho al debido proceso en el trámite de extradición”.

<sup>178</sup> “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”.

*“Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.*

*Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera”.* (Se resalta).

La Corte Constitucional ha deducido, con base en diferentes normas de la Constitución, así como en reconocidos principios del derecho internacional privado, que la ley colombiana, de la cual forma parte el Estatuto General de Contratación Pública, es la llamada a regir los contratos celebrados por las entidades estatales colombianas, tanto con nacionales como con extranjeros, en los siguientes aspectos: (i) la celebración del contrato que se haga en el territorio nacional y sus extensiones (*lex loci contractus*), actividad que, como lo reconoce dicha Corporación, incluye todo el proceso denominado “de selección” o “de contratación”, y (ii) la ejecución de los contratos en el territorio colombiano (*lex loci solutionis*), ya sea de aquellos perfeccionados en el exterior o la de aquellos celebrados en Colombia<sup>179</sup>.

En este punto, vale la pena recordar que el Estatuto General de Contratación, fuera de contener algunos principios que se aplican transversalmente a todas las fases y aspectos de la actividad contractual del Estado, regula básicamente dos grandes asuntos o etapas relacionados con dicha actividad: (i) el proceso de contratación o proceso de selección, que equivale a lo que en el derecho privado se denomina *etapa precontractual*, periodo que va

179 Corte Constitucional, sentencia C-249 de 2004:

“2.3.2. El segundo inciso del artículo 13 de la ley 80 expresa: Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera solo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior.

2.3.3. El tercer inciso del artículo 13 de la ley 80 dispone: Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado. Sin embargo, conviene hacer las siguientes precisiones:

Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que “Los contratos que se celebren en Colombia”, deben someterse al régimen contractual nacional.

Asimismo, la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero solo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica esta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros...

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño– de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa...

En concordancia con lo expresado la Corte acoge los planteamientos de la Vista Fiscal, quien al referirse al inciso en comento concluye que tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y 100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, la eventual remisión a las normas extranjeras –para la ejecución en el extranjero– solo puede tener lugar después de perfeccionado el contrato en Colombia bajo la ley nacional; lo cual engloba el proceso de selección, que al amparo de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional...” (Negrilla añadidas).

hasta el perfeccionamiento del contrato, y (ii) la ejecución, terminación y liquidación de los contratos.

En relación con la primera etapa, es evidente que por realizarse enteramente en Colombia (como regla general), por parte de entidades públicas y servidores públicos colombianos, y constituir, la mayoría de las veces, una actuación o procedimiento administrativo en el transcurso del cual se expiden actos de la misma clase, dicha fase se encuentra sometida de manera exclusiva a la ley colombiana, salvo en cuanto a ciertos aspectos específicos que necesariamente están sujetos a la ley extranjera, conforme al derecho internacional, tales como la existencia y la capacidad de las personas jurídicas de otros países, el estado civil y el parentesco de las personas naturales foráneas etc.

A la luz de los conceptos explicados, la Sala pasará a referirse a la interpretación y aplicación de cada una de las normas y las causales de inhabilidad señaladas en la consulta.

## 2. El artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993

Esta disposición fue incorporada a la Ley 80 por la Ley 1150 de 2007 (artículo 18); posteriormente fue modificada por la Ley 1474 de 2011 (artículo 1º), y finalmente fue declarada inexecutable, en forma parcial, por la Corte Constitucional. En consecuencia, para interpretarla de forma adecuada, es necesario hacer un breve recuento de su nacimiento y de las transformaciones que ha sufrido, así:

Ley 1150 de 2007 (artículo 18)	Ley 1474 de 2011 (artículo 1)	Sentencia C-630 de 2012	Norma vigente
<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones.</p> <p>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.</p>	<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.</p> <p>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</p> <p>La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años”. (Se resalta).</p>	<p>Declaró inexecutable las siguientes expresiones de la norma citada: “o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior”, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo n.º 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados</p>	<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.</p> <p>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</p> <p>La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.</p>

En relación con el artículo 18 de la Ley 1150, es necesario indicar que la expresión “*soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*” fueron incorporados en el pliego de modificaciones para segundo debate en la Cámara de Representantes, al proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 1150, con la siguiente motivación: “*En este artículo relacionado con una causal de inhabilidad, relativa a la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho y prevaricato, se adiciona el soborno transnacional y sus equivalentes en otras jurisdicciones, con el objeto de fortalecer los mecanismos de lucha contra la corrupción*”. (Se resalta)<sup>180</sup>.

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-630 de 2012<sup>181</sup>, declaró inexecutable la expresión que se relaciona en el cuadro anterior, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo n.º 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado **de carácter permanente** por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados. En esa medida, la Corte manifestó que el legislador no estaba facultado para limitar a veinte años una inhabilidad que la Constitución establece directamente con carácter intemporal.

Para entender con mayor claridad lo resuelto por la Corte Constitucional, es conveniente recordar que el artículo 122 de la Carta establece las condiciones generales bajo las cuales las personas pueden ingresar a la función pública y permanecer en ella, como servidores públicos. El inciso quinto disponía que el servidor público que fuese condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedaba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, disposición que fue modificada por el Acto Legislativo n.º 1 de 2004 y, posteriormente, por el Acto Legislativo n.º 1 de 2009.

Acto Legislativo n.º 1 de 2004	Acto Legislativo n.º 1 de 2009
<p>“Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”. (Se resalta).</p>	<p>“Artículo 4º. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, <b>ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado</b> o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico <b>en Colombia o en el exterior</b>. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, (sic) con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.</p>

<sup>180</sup> Gaceta del Congreso n.º 96, año XVI, del 27 de marzo de 2007, p. 6. “Artículo 18. (Artículo 19 texto aprobado en Comisión)

<sup>181</sup> Corte Constitucional, sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012. Expediente D-8942.

Como puede inferirse, fue con base la modificación del año 2004, que el Congreso de la República, mediante la Ley 1150 (artículo 18), estableció la causal de inhabilidad contenida en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80.

En esa medida, en la actualidad, deben distinguirse dos grupos diferentes de delitos, que generan dos inhabilidades distintas:

Los delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad y el delito de soborno transnacional: las personas naturales que sean condenadas judicialmente por cualquiera de estos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales, por un término de **veinte años**. Esta inhabilidad se aplica (por el mismo lapso) a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, sus matrices y sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

Los delitos que afecten el patrimonio del Estado, aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, los delitos calificados como “de lesa humanidad” y el narcotráfico, en Colombia o en el exterior: las personas que sean condenadas por cualquiera de dichos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales **en forma permanente**. Sin embargo, esta causal no puede extenderse a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, ni a sus matrices y subordinadas, pues tal efecto extensivo fue suprimido cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable y, por lo tanto, expulsó del ordenamiento jurídico la referencia que a esos delitos hacía el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, cabría preguntarse qué sucedería si una persona natural fuera condenada por un delito contra la administración pública que, al mismo tiempo, afecte el patrimonio del Estado colombiano, pues dicho caso caería dentro de los supuestos de hecho de las dos causales de inhabilidad mencionadas, es decir, la prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993 y la incorporada en el artículo 122 de la Carta Política. La Sala sugiere, como posible solución a este evento, que la persona natural declarada penalmente responsable debe entenderse inhabilitada para contratar con el Estado **en forma permanente**, de conformidad con el artículo 122 referido, mientras que las sociedades en las cuales sea socio, así como sus matrices y subordinadas, quedarían inhabilitadas para los mismos efectos **por un período de veinte (20) años, en atención al artículo 8º de la Ley 80**.

Ahora bien, por este camino se llega a uno de los puntos centrales de la consulta, que debe solucionarse para responder varios de los interrogantes planteados en la misma, a saber: si la inhabilidad prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 se genera solamente cuando una persona es declarada responsable **por la justicia colombiana** de alguno de los delitos contra la administración pública consagrados en nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), o por el delito de soborno transnacional (artículo 433 ibídem), o si dicha causal también surge cuando una persona es declarada responsable, **por la justicia de cualquier otro país**, por la comisión de alguno de dichos delitos en ese Estado (aunque allí tengan otra clasificación, otras denominaciones o protejan total o parcialmente otros bienes jurídicos).

De lo que se ha explicado hasta ahora sobre el principio de territorialidad de la ley colombiana, así como de los cambios efectuados por el legislador en la norma que se viene comen-

tando, parecería concluirse que la inhabilidad referida solo se aplica cuando la sentencia penal mediante la cual se condena a una persona natural por cualquiera de los hechos delictivos mencionados, es proferida por un juez colombiano, pues el Congreso de la República decidió eliminar de la citada disposición (al menos formalmente) la equivalencia que esta consagraba originalmente entre los delitos enlistados allí y los previstos en otras jurisdicciones, de lo cual podría inferirse, en principio, que también suprimió la equivalencia entre las sentencias condenatorias penales dictadas por la justicia colombiana y las sentencias de la misma clase emitidas por esos delitos en otros Estados.

No obstante, un análisis más detallado y cuidadoso de este asunto, a la luz de la historia legislativa del literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por Colombia, permite superar la interpretación anterior y llegar a una conclusión distinta.

En efecto, debe partirse de que el citado literal, tal como fue adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150, establecía expresamente que la inhabilidad en estudio surgía por el hecho de que una persona natural fuese declarada responsable judicialmente por la comisión de alguno de los delitos que dicha norma señalaba (peculado, concusión, cohecho, prevaricato y soborno transnacional), *“así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”*, mientras que el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, al modificar este precepto suprimió la frase: *“así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”*.

Dado que debe existir alguna razón de fondo por la cual el legislador efectuó dichos cambios, la Sala se dio a la tarea de revisar el trámite dado en el Congreso al proyecto de ley que más adelante se convirtió en la Ley 1474.

Esta propuesta fue presentada por el Gobierno nacional, con el título de *“proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, y le correspondió el n.º 142 de 2010 Senado. De su exposición de motivos, vale la pena resaltar los siguientes apartes<sup>182</sup>:

**“1. Introducción.** *La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo*<sup>183</sup>. (...)

*Esta situación ha sido reconocida por todos los sectores de nuestra sociedad y, por ello, la presente ley es fruto de un diálogo propositivo y de la colaboración entre el Gobierno nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales... lo cual ha permitido la elaboración de medidas admi-*

182 Gaceta del Congreso n.º 607, año XIX, del 7 de septiembre de 2010, pp. 16 y 17.

183 “[1] Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por la Ley 412 de 1997. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por la Ley 970 de 2005...”



*nistrativas, disciplinarias, penales, fiscales y educativas que desarrollan una política integral del Estado en contra de este fenómeno.*

*Por las consideraciones expuestas, el presente proyecto de ley busca introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo [por] subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente.*

## 6. Contenido del proyecto

### 6.1 Primer capítulo: medidas administrativas para la lucha contra la corrupción

*La Administración Pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello, en el primer capítulo, se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado (...)*. (Negrillas añadidas).

El primer artículo del citado proyecto tenía originalmente el siguiente texto<sup>184</sup>:

*“Artículo 1º. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. El literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 quedará así:*

*Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.* (Las negrillas son del texto; las subrayas son agregadas).

Para el debate inicial de este proyecto en la Comisión Primera del Senado, los ponentes presentaron un pliego de modificaciones, en el cual, con respecto al artículo 1º, solamente se propuso sustituir la expresión “delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades”, por “delitos contra la Administración Pública”<sup>185</sup>, lo cual probablemente obedeció a la doble intención de simplificar el lenguaje y ampliar, al mismo tiempo, el universo de delitos que serían susceptibles de generar esta inhabilidad, pues si se revisa el título XV del Código Penal, se observa que tanto los delitos de peculado, concusión, cohecho y prevaricato, como otros que allí se incluyen (por ejemplo, el de enriquecimiento ilícito), son calificados expresamente como delitos contra la administración pública.

Por otro lado, es importante resaltar que en el mismo texto propuesto para primer debate se mantuvo la expresión “así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”, que aparecía en el artículo 1º del proyecto inicial, y con ese lenguaje fue aprobado el proyecto de en la Comisión Primera del Senado<sup>186</sup>.

184 Gaceta ídem, p. 1.

185 Gaceta del Congreso n.º 784, año XIX, del 19 de octubre de 2010, p. 13.

186 Gaceta del Congreso n.º 1002, año XIX, del 1º de diciembre de 2010, p. 32.

Para el segundo debate del proyecto de ley en la Plenaria del Senado, se presentó de nuevo un pliego de modificaciones, en el cual no se planteó ninguna modificación al artículo 1º del proyecto. Sin embargo, en el texto aprobado en segundo debate se suprimió la frase “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*”, que formaba parte del artículo 1º, quedando la norma redactada así<sup>187</sup>:

*“Artículo 1º. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. El literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 quedará así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública y soborno transnacional. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.*

Al indagar acerca de la razón por la cual se efectuó dicho cambio, dado que, como se explicó, el mismo no se planteó en el pliego de modificaciones propuesto para el segundo debate, solamente se encontró la siguiente explicación en las Gacetas del Congreso de la República: Durante la discusión y votación del proyecto en la Plenaria del Senado, surgió la necesidad de separar y excluir de la votación en bloque que se estaba haciendo, algunos artículos respecto de los cuales existían diferencias entre los senadores, o frente a los cuales se habían presentado proposiciones modificatorias o sustitutivas, con el fin de que tales normas fueran revisadas y discutidas por una subcomisión, a la cual se le asignó el encargo de llegar a un “*acuerdo político*” sobre el contenido y el texto de las mismas y presentar un informe a la Plenaria. Dentro de dicho grupo de disposiciones se incluyó el artículo 1º, junto con otros 24 artículos<sup>188</sup>.

La citada subcomisión presentó su informe a la Plenaria del Senado ese mismo día, manifestando que “*hemos llegado a un acuerdo en la totalidad de los artículos que se habían separado*”. Con relación al artículo 1º del proyecto, la única explicación que se dio fue la siguiente: “*En el artículo 1º, Presidente, voy a leer uno a uno, se propone una proposición supresiva (sic) en el sentido de suprimir la expresión así como sus equivalentes en otras jurisdicciones...*”. (Se resalta)<sup>189</sup>.

Dicho informe se sometió a consideración del Senado en pleno, junto con el nuevo texto de los artículos que habían sido previamente separados, los cuales fueron aprobados por mayoría en segundo debate<sup>190</sup>.

De esta forma, la expresión “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*” desapareció del artículo 1º del proyecto de ley, y dicha frase no se volvió a incluir en el texto del proyecto ni a discutir durante todo el trámite legislativo.

El recuento efectuado permite observar que si bien la supresión de la citada expresión correspondió a una decisión política consciente o deliberada del legislador, no se dejó constancia de las razones de fondo que justificaron su eliminación.

187 Gaceta del Congreso n.º 1117, año XIX, del 22 de diciembre de 2010, p. 1.

188 Gaceta del Congreso n.º 77, año XX, del 10 de marzo de 2011, p. 35.

189 Ídem, p. 76.

190 Ídem, p. 80.

Debido a lo anterior y a las razones adicionales que a continuación se explican, la Sala considera que la interpretación adecuada de dicha norma es aquella conforme a la cual la respectiva inhabilidad puede seguirse aplicando a las personas que sean declaradas responsables por la comisión de cualquiera de esos delitos por un juez **extranjero**:

Debe recordarse que la equivalencia entre los citados delitos y los delitos similares establecidos en otras jurisdicciones, fue una decisión adoptada por el legislador desde el año 2007, con la Ley 1150, en armonía con el artículo 122 de la Constitución Política, disposición que se encontraba prevista también en el proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 1474 de 2011, presentado por el Gobierno nacional.

Se trata, por tanto, de una norma jurídica o regla de derecho incorporada en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2007. En relación con este punto, la Sala considera necesario distinguir entre la norma jurídica o regla de derecho, como postulado ético (deber ser) de carácter obligatorio que refleja la voluntad del legislador en determinado sentido, y el texto del artículo o los artículos en donde dicha norma o regla se plasme. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico, la voluntad del legislador debe quedar consignada por escrito y publicarse, para que sea obligatoria, no puede confundirse la norma o regla de derecho, que representa la decisión adoptada por el legislador en cierto sentido, con el lugar y la forma en las cuales dicha decisión quede escrita, pues una misma norma o regla puede escribirse de muchas maneras, es decir, con diferentes palabras y formas o giros idiomáticos, y estar contenida en un solo artículo de cierta ley, en una parte del mismo, en varios artículos de la misma ley o, incluso, en artículos de leyes diferentes. Como lo sostiene García Máynez<sup>191</sup>:

*“(…) Si aplicamos las anteriores ideas al caso especial de la interpretación de la ley, podremos decir que interpretar esta es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los “artículos” de los Códigos. Pero la expresión puede hallarse constituida, en su aspecto físico, por palabras habladas, e incluso por signos de otra especie (flechas indicadoras, señales luminosas, ademanes, etc.). Lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su significación”*

En esa medida, la Sala se pregunta: ¿la supresión de la frase “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*”, en el texto del literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80, implica que se ha eliminado la regla de derecho conforme a la cual la inhabilidad consagrada en ese literal es aplicable también cuando la responsabilidad por delitos allí indicados sea declarada por una jurisdicción extranjera?

La Sala considera que no, porque, aparte de la expresión omitida, la norma jurídica o regla de derecho señalada puede deducirse de otras disposiciones y principios constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia.

Asimismo, la eliminación de la citada norma exigiría un proceso transparente, explícito y deliberativo por parte del legislador, en el que se dejara constancia clara y expresa sobre la voluntad del Congreso de la República en ese sentido y, especialmente, sobre los motivos,

191 E. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa S.A. 1989, Página 327.

justificaciones o razones jurídicas o de conveniencia que fundamentaran ese cambio, así como de su relación con los objetivos perseguidos con el respectivo proyecto de ley.

Sin embargo, tal como se ha demostrado, la historia legislativa del proyecto que se convirtió en la Ley 1474, se muestra completamente huérfana de tales explicaciones o justificaciones, de forma tal que resulta imposible para el intérprete saber con certeza si la supresión de la expresión “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*” se debió a la decisión del legislador de reducir o limitar efectivamente el alcance de la citada inhabilidad o, por el contrario, a la simple intención de simplificar la redacción de la norma o, incluso, de solucionar ciertos aspectos que podían resultar difíciles o problemáticos en la aplicación del texto normativo anterior, como el de establecer a qué autoridad y de qué forma le corresponde hacer la equivalencia entre los delitos citados expresamente en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 y los delitos conocidos por otras jurisdicciones.

Por lo tanto, la Sala considera que de la eliminación de la citada frase dentro del trámite del proyecto de ley que se materializó con la Ley 1474 de 2011, no puede inferirse, en forma mecánica y simplista, que se suprimió también la regla de derecho consistente en que la inhabilidad consagrada en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 se aplica igualmente a los delitos equivalentes cometidos y juzgados en otras jurisdicciones, pues, como se indicó, no se conocen las razones por las cuales se efectuó dicha modificación, y aquella norma puede deducirse de otras disposiciones constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales suscritos por Colombia para prevenir y combatir la corrupción en la administración pública, como más adelante se verá.

Por otro lado, si se acogiera la interpretación según la cual fue voluntad del legislador limitar la inhabilidad que se comenta a los delitos investigados y juzgados en Colombia, tal entendimiento resultaría abiertamente opuesto a los propósitos que se persiguieron con la Ley 1474, tal como quedó consignado expresamente en la exposición de motivos presentada por el Gobierno nacional y en las diferentes ponencias. En efecto, la finalidad principal que se persiguió con este proyecto de ley fue la de “*introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo [por] subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente*”<sup>192</sup>. Asimismo, se trató de armonizar nuestra legislación, en los temas relacionados con la corrupción, con estándares internacionales consagrados en diversos tratados suscritos por Colombia sobre la materia y en las legislaciones de algunos países desarrollados. Por ejemplo, en la exposición de motivos se puede leer<sup>193</sup>:

“G. Se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagradas en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presenten características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones... (...)

192 Gaceta del Congreso n.º 607, año XIX, del 7 de septiembre de 2010, p. 16.

193 Ídem, pp. 18 y 19.

*H. Se realiza una serie de modificaciones para armonizar la legislación nacional con las convenciones internacionales, mejorar la técnica legislativa de algunas disposiciones y agravar algunas penas. (...)*

*Se modifica el sujeto activo de la conducta del delito [de soborno] transnacional, en el sentido previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en la cual no se establece que este sea calificado como lo es en nuestra legislación. Asimismo, se incluye a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas entre quienes pueden ser objeto de soborno a cambio de realizar u omitir cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial...”.*

Igualmente, en el informe de ponencia para cuarto debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, se explicó así el objetivo general perseguido con este proyecto de ley<sup>194</sup>:

**“Objeto del proyecto.** *“La iniciativa objeto de estudio busca dotar al Estado de herramientas eficaces para luchar decididamente contra el flagelo de la corrupción. En ese orden de ideas el proyecto está dividido en varios capítulos que abordan distintos elementos de lo que debe ser una política integral en la materia”.* (Se destaca).

Como se observa, si la finalidad principal perseguida con el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1474 de 2011 fue la de fortalecer la lucha contra la corrupción, para lo cual se buscó actualizar y armonizar la legislación nacional con lo dispuesto en los tratados internacionales y en la normatividad de otros países, resultaría completamente ilógico e inexplicable concluir que mediante dicha ley el Congreso de la República decidió reducir y limitar a un ámbito netamente doméstico el alcance de la inhabilidad que ya consagraba, con carácter global, el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007.

La interpretación según la cual la inhabilidad consagrada en el artículo 8° numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993 comprende igualmente las condenas penales impuestas en otras jurisdicciones por conductas que son calificadas en Colombia como “delitos contra la Administración Pública” o “soborno transnacional”, armoniza igualmente con lo dispuesto en normas constitucionales y en algunos tratados internacionales suscritos por el Gobierno de Colombia y aprobados por el Congreso en materia de lucha contra la corrupción.

En efecto, vale la pena reiterar que el artículo 122 de la Carta Política, tal como fue modificado por los Actos Legislativos Nos. 1 de 2004 y 1 de 2009, contiene una inhabilidad para contratar con el Estado en cabeza de aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos que lesionen el patrimonio público, así como por aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico en Colombia o en el exterior. El texto resaltado permite observar cómo es directamente la Constitución la que establece que la declaración de responsabilidad penal por la comisión de ciertos delitos en el exterior, y no solamente dentro del país, genera inhabilidad para contratar con el Estado.

194 Gaceta del Congreso n.º 128, año XX, del 30 de marzo de 2011, p. 1.

Aunque esos delitos son distintos de los mencionados actualmente en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, no hay duda de que esta última norma fue expedida con fundamento y en desarrollo del citado canon constitucional (aunque lo haya contrariado parcialmente, según lo declarado por la Corte Constitucional), así como de varios tratados internacionales suscritos por Colombia.

En lo que concierne a estos últimos, vale la pena recordar, por ejemplo, lo señalado en el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el sentido de que dicho fenómeno “...tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente”, y lo previsto en el artículo II del mismo tratado, cuando expresa que uno de sus objetivos es el de “*promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio*” (Se destaca).

Motivaciones y propósitos similares se hallan en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual vale la pena resaltar, además, lo dispuesto en sus artículos 26 y 34 (transcrito con anterioridad), por su mayor concreción, pertinencia y cercanía con el tema que se consulta. La primera de las normas citadas es del siguiente tenor:

*“Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas.*

*1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*

*2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.*

*3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.*

*4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.*

Y el artículo 34, como se recordará, permite a los Estados parte adoptar las medidas necesarias para “*eliminar las consecuencias de los actos de corrupción*”, incluyendo la consideración de dicho fenómeno como “*un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva*”.

Merece la pena recordar que esta convención fue aprobada por el Congreso pocos años antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, de lo cual puede inferirse que lo previsto en ese tratado fue tenido en cuenta por el legislador al momento de aprobar el artículo 18 de la

citada ley, mediante el cual se estableció como causal de inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas la comisión de ciertos delitos en Colombia o en el exterior que son calificados en el citado convenio como actos de “corrupción”, entre ellos el soborno transnacional.

Y finalmente, los artículos 2º y 3º, numeral 4 de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, disponen lo siguiente:

*“Artículo 2º. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS MORALES. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.*

*Artículo 3º. SANCIONES. (...)*

*4. Cada Parte deberá considerar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero”.* (Negrillas fuera del texto).

La Sala reitera que ninguna de las disposiciones de las convenciones mencionadas establece que las sentencias penales dictadas por los jueces de un Estado parte, por delitos relacionados con la corrupción, tengan efectos jurídicos vinculantes y directos en los otros Estados partes, pero sí facultan y, más aun, instan a cada uno de dichos Estados para establecer en sus propias jurisdicciones sanciones adecuadas y eficaces para prevenir y castigar dichas conductas, en el campo penal, civil y **administrativo**, incluyendo las personas jurídicas o “morales” que de una u otra forma puedan ser consideradas también responsables de dichas conductas. En esa medida, los citados instrumentos internacionales constituyen una valiosa herramienta para la interpretación y la integración de las normas jurídicas nacionales y, en este caso particular, para develar la verdadera inteligencia de lo dispuesto en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, resulta importante señalar que el Código Penal reconoce, por regla general, la validez y la eficacia de las sentencias penales dictadas en el extranjero. A este respecto, el artículo 17 *ibídem* dispone, en lo pertinente:

*Artículo 17. Sentencia extranjera. La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales. No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias que se pronuncien en el extranjero respecto de los delitos señalados en los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2. (...).”* (Se resalta)<sup>195</sup>.

<sup>195</sup> Es necesario aclarar que los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2 del Código Penal, a los cuales remite la norma citada, se refieren, en su orden a: (i) la persona que cometa un delito a bordo de una nave o aeronave del Estado o explotada por este, que se encuentre fuera del territorio nacional, y a quien cometa un delito a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional que se halle en altamar, si no se ha iniciado la acción penal en el exterior; (ii) la persona que cometa en el extranjero un delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social, excepto la conducta definida en el artículo 323 del mismo código (lavado de activos), contra la administración pública, quien falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelto o condenado en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana, y (iii) quien cometa un delito en el extranjero estando al servicio del Estado colombiano o gozando de inmunidad reconocida por el derecho internacional.

La Sala resalta que el reconocimiento de las sentencias penales dictadas por otras jurisdicciones, que hace el artículo 17 del Código Penal, con las excepciones que la misma norma indica, en concordancia con las normas del Código de Procedimiento Penal, es “*para todos los efectos legales*”, entre los cuales se hallan los procesos de contratación y los contratos de las entidades estatales, y no solamente para efectos de la aplicación de las normas penales y de procedimiento penal.

Por todas las razones expresadas, la Sala considera que la inhabilidad prevista en la norma citada, aun después de la modificación realizada en su texto por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 y de la declaratoria de inexecutable parcial efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2012, se presenta no solamente cuando los jueces nacionales declaran la responsabilidad penal por la comisión de delitos contra la administración pública o el soborno transnacional, sino también cuando la responsabilidad por los mismos delitos es declarada **por jueces extranjeros**, por conductas cometidas total o parcialmente en el exterior.

La Sala no soslaya las dificultades prácticas que tal solución plantea, como la definición de los delitos que en el extranjero correspondan a los mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80, la manera de acreditar en el país la responsabilidad penal declarada por una autoridad judicial extranjera, el esclarecimiento de la relación que exista entre la persona natural condenada y la sociedad de la cual se afirma que es socia, la determinación de cuál es la matriz de dicha sociedad y cuáles son sus subordinadas, para establecer la relación que finalmente exista entre la persona natural condenada en el exterior y la sociedad que se encuentre participando en un proceso de contratación en Colombia, o que haya suscrito un contrato con alguna entidad pública del país.

Sin embargo, ninguna de las dificultades sería suficiente para concluir, en contravía de la intención expresa e inequívocamente manifestada por el legislador al momento de expedir la Ley 1150 de 2007, de lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 122 y de los compromisos asumidos por el país en virtud de los tratados internacionales ratificados y aprobados por Colombia en materia de lucha contra la corrupción, que la citada causal de inhabilidad deba limitarse a un ámbito meramente local, es decir, que solo se aplique frente a sentencias condenatorias dictadas por jueces colombianos en relación con alguno de los delitos señalados en la norma citada.

Por último y para evitar confusiones, es importante aclarar que el delito denominado “soborno transnacional”, al cual se refieren tanto los tratados internacionales como la citada disposición legal, está tipificado hoy en día en el artículo 433 del Código Penal (tal como fue modificado por el artículo 30 de la Ley 1474 de 2011), en los siguientes términos:

*“Artículo 433. Soborno transnacional. El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Parágrafo: Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un*



*país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.*

Como se observa, este delito puede ser cometido dentro o fuera del país, pero resulta indispensable para su tipificación que el funcionario a quien se dé u ofrezca un beneficio o utilidad sea un “*servidor público extranjero*”, tal como aparece definido dicho concepto en el párrafo de la misma norma, en armonía con el artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en el artículo 1º de la Convención de la OCDE sobre Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros. Por lo tanto, no podría incurrir en dicho delito, sino en otros (como el cohecho por dar u ofrecer, previsto en el artículo 407 del Código Penal), el colombiano que dé u ofrezca alguna prebenda a un servidor público nacional, con la finalidad de que cumpla cualquiera de sus funciones o se abstenga de hacerlo. Tampoco podría incurrir en este delito el extranjero que soborne o intente sobornar a un servidor público de su propio país, pues en dicho caso estaría incurso en alguno de los delitos que consagra la legislación penal de ese Estado, y debería ser investigado y juzgado por su propia jurisdicción.

Así, aunque el “soborno transnacional” que consagra el Código Penal colombiano y los tratados internacionales referidos, es un buen ejemplo de la aplicación extraterritorial de la ley penal colombiana, pues la Fiscalía y los jueces colombianos pueden investigar y juzgar en este caso conductas que pueden haberse realizado completamente en el exterior, la Sala entiende que no es esta la situación que suscita la presente consulta, pues es claro que cualquier persona natural que sea **condenada por la justicia colombiana** por haber incurrido en el delito de “soborno transnacional”, así como las sociedades en las que aquella sea socia, sus matrices y subordinadas (filiales y subsidiarias), quedarían inhabilitadas para contratar con cualquier entidad pública del país durante un período de veinte (20) años.

En cambio, el supuesto de hecho que da lugar a la consulta se refiere al de una persona natural, que puede ser colombiana o de otra nacionalidad, que sea declarada responsable **por la justicia de otro país**, por la comisión de alguno de los delitos que en Colombia son considerados contra la administración pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional. Sería el caso, para citar un ejemplo, de una persona natural que fuera condenada judicialmente en el Estado XX (diferente de Colombia), por la comisión del delito de cohecho o de peculado en ese país o en cualquier otro país del mundo distinto del nuestro.

El artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993

La otra norma citada en la consulta es el artículo 58, numeral 6º de la Ley 80 de 1993. Para su correcto entendimiento, la Sala considera necesario transcribir dicho artículo en su integridad:

*“Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:*

10. *En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.*

20. *En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.*

30. *En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.*

40. *En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria<sup>196</sup>.*

50. *En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio, que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes. El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.*

60. *En el evento en que se hubiere proferido **medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual***. (Negrillas ajenas al texto).

Como se observa, el numeral 6º contiene tres (3) causales de inhabilidad para participar en procesos de contratación y contratar con entidades del Estado, que deben sumarse al catálogo de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Dichas causales son:

(i) En primer lugar, una inhabilidad transitoria para la persona jurídica de derecho privado cuyo representante legal haya sido cobijado por una medida de aseguramiento en firme relacionada con hechos u omisiones que se le imputen en desarrollo de su actividad contractual. Esta inhabilidad tendría una duración equivalente al tiempo que se mantenga dicha medida de aseguramiento.

<sup>196</sup> La Corte Constitucional, en la sentencia C-004 de 1996, manifestó que esta norma debía entenderse derogada tácitamente y de forma parcial por la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único anterior), en cuanto a la facultad que otorgaba a la autoridad competente para suspender al servidor público contra el cual se hubiera dictado pliego de cargos.

Es importante aclarar que la Sala, sin perjuicio de la naturaleza provisional que caracteriza a todas las medidas cautelares, entiende la expresión “medida de aseguramiento en firme” como la medida que ha adquirido firmeza porque no se presentaron los recursos correspondientes o porque se presentaron y fueron resueltos en el sentido de confirmarla.

(ii) En segundo lugar, una inhabilidad definitiva para la misma persona jurídica, por el término de diez (10) años, en el evento de que el representante legal de la misma sea condenado mediante sentencia judicial en firme.

(iii) Finalmente, una inhabilidad por el mismo plazo para la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable por hechos u omisiones relacionadas con su actividad contractual.

Ahora bien, para la correcta interpretación de esta norma es necesario, en primer lugar, ubicarla en el contexto de la Ley 80 de 1993. El artículo 58 forma parte del capítulo V de la citada ley, intitulado “*De la responsabilidad contractual*”, dentro del cual se regula, entre otros temas, la responsabilidad de las entidades estatales (artículo 50), la responsabilidad de los servidores públicos (artículo 51), la responsabilidad de los contratistas (artículo 52), la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores (artículo 53), la acción de repetición (artículo 54), la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal (artículo 56), las sanciones (artículo 58) y el contenido de los actos sancionatorios (artículo 59).

Es evidente, por lo tanto, que el objeto de dicho capítulo es regular, en general, la responsabilidad jurídica patrimonial (civil y del Estado) y sancionatoria (penal y disciplinaria) de todas las personas naturales o jurídicas que participan en la actividad contractual, desde el inicio del proceso de selección hasta la terminación y liquidación de los contratos, pasando por su celebración y ejecución. Dentro de dichas personas se incluyen las entidades estatales, sus servidores públicos, los contratistas, los interventores, los consultores y los asesores.

El numeral 6° del artículo 58 se relaciona, en particular, con la responsabilidad penal de los representantes legales de las personas jurídicas contratistas y con la responsabilidad civil de las mismas. Por lo tanto, para el correcto entendimiento de dicha disposición, es necesario tener en cuenta lo previsto en los artículos 52 y 56 de la Ley 80<sup>197</sup>, así como en los demás apartes del mismo artículo 58.

Como puede deducirse claramente de las normas citadas (incluyendo el artículo 58), dichas disposiciones regulan la responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial de las personas naturales y jurídicas que intervienen en la actividad contractual de las entidades públicas colombianas, ya sea que se realice totalmente en Colombia o parcialmente en el exterior, tales como las entidades estatales, los contratistas, los interventores etc., responsabilidad que debe ser investigada y establecida por las autoridades judiciales y administrativas com-

197 “Artículo 52. De la *responsabilidad de los contratistas*. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7°o. de esta ley”.

“Artículo 56. De la *responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal*. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”. (Resalta la Sala).

petentes, como la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Procuraduría General de la Nación, las unidades de control disciplinario interno de las diferentes entidades, la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales etc., de acuerdo con las reglas de procedimiento que resulten aplicables.

Todas las normas mencionadas se refieren a la responsabilidad de quienes participen o intervengan en la actividad contractual. De acuerdo con el objeto que regula la Ley 80 de 1993 y con el principio de territorialidad de la ley colombiana, debe entenderse que se trata de la actividad contractual **de las entidades estatales de Colombia**, es decir, de los procesos de selección que las mismas desarrollen y de los contratos que celebren y ejecuten, bien sea con particulares o con otras entidades públicas. Específicamente, cuando tales disposiciones aluden a los contratistas, es evidente que se refieren a las personas naturales o jurídicas que **celebren contratos con entidades estatales colombianas**, independientemente de la nacionalidad que tengan aquellas personas y de si los respectivos contratos se celebran en Colombia o en el exterior, o si se ejecutan total o parcialmente en Colombia, pues dichos preceptos no podrían referirse a los contratistas de otros Estados o de sus entidades públicas.

Por lo tanto, es necesario partir de que las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 58 de la Ley 80 se refieren, en principio, a situaciones ocurridas en el país (incluyendo las respectivas decisiones judiciales y administrativas) y que solo tienen efectos dentro de las fronteras nacionales, a menos que la ley extranjera o los tratados internacionales les otorguen otros efectos<sup>198</sup>.

En apoyo de lo anterior, es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre con la inhabilidad contenida en el artículo 8, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, a la cual

198 Específicamente en relación con las causales de inhabilidad contenidas en el numeral 6º de dicha norma, que, tal como se advirtió, son tres, no puede entenderse válidamente que la primera de ellas se presente por el hecho de que el representante legal de una persona jurídica de derecho privado que participe en un proceso de contratación en Colombia sea objeto de una medida de aseguramiento dictada en el exterior por un juez de otro país. Lo mismo debe concluirse de la inhabilidad de diez (10) años que se generaría por el hecho de que el citado representante legal sea condenado judicialmente por los delitos que se le imputen. Es decir, para que tal inhabilidad se presente, se requiere, en principio, que la sentencia penal condenatoria sea dictada por un juez colombiano y se relacione directamente con hechos u omisiones presentados en desarrollo de su actividad contractual frente a alguna entidad pública colombiana.

Si no fuera así y pudiera concluirse, de manera general, que cualquier medida de aseguramiento o cualquier sentencia penal condenatoria dictada en el exterior contra una persona natural que funja como representante legal de una persona jurídica que participe en procesos de contratación o haya celebrado contratos en Colombia, por cualesquiera asuntos relacionados con la celebración o ejecución de contratos en el exterior, genere las inhabilidades previstas en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se estaría dando un alcance extraterritorial a la ley colombiana (en este caso a la Ley 80, en cuanto a los supuestos fácticos que generan las inhabilidades), o un alcance extraterritorial a la ley extranjera en Colombia (en cuanto a los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por jueces foráneos), ninguno de los cuales se encuentra previsto en las normas legales que se analizan ni en los tratados internacionales vigentes para Colombia en materia de lucha contra la corrupción.

Por otro lado, si este fuera el entendimiento de las citadas causales de inhabilidad, la coherencia que debe guardarse en la interpretación de las normas jurídicas exigiría utilizar la misma hermenéutica y llegar a similares conclusiones en relación con las otras inhabilidades previstas en el mismo numeral y en otras partes del artículo 58 de la Ley 80 de 1993.

Así, por ejemplo, habría que concluir que la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable en el exterior, por un juez o un tribunal de arbitramento extranjero, por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en otro país y frente a otro Estado, quedaría también inhabilitada por un término de 10 años para participar en procesos de contratación y celebrar contratos con entidades estatales colombianas (parte final del numeral 6º del artículo 58).

Igualmente quedarían inhabilitados para los mismos efectos y por el mismo tiempo, los servidores públicos extranjeros que sean declarados responsables civil o penalmente en sus respectivos países y por las autoridades competentes de estos, por la realización de cualesquiera delitos o hechos dañosos en sus propios Estados y contra los intereses de los mismos (artículo 58, numeral 3º).

O las entidades públicas colombianas que tuvieran conocimiento de una medida de aseguramiento dictada contra un particular en el exterior por un juez de otro país, por acciones u omisiones relacionadas con la actividad contractual de esa persona en dicho país, tendrían que informar sobre tal circunstancia a las cámaras de comercio colombianas, para que estas procedieran a inscribir la medida en los registros que administran (artículo 58, numeral 5º).

Lo absurdo de estos ejemplos y la imposibilidad práctica que existiría para su aplicación, refuerzan la consideración de que no puede darse efectos extraterritoriales generales al artículo 58 de la Ley 80 de 1993 ni a otras disposiciones que se relacionan con el mismo, pretendiendo hacer una simple equivalencia entre las medidas de aseguramiento dictadas por los jueces nacionales con las dictadas por los jueces extranjeros, las sentencias proferidas en Colombia con las sentencias y laudos arbitrales emitidos en el exterior, los contratistas de las entidades estatales colombianas con los contratistas de otros Estados, o la actividad contractual de las personas naturales y jurídicas en Colombia con la actividad contractual de las mismas personas en el exterior.

se ha hecho referencia, en el caso de las inhabilidades consagradas en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, no hay elementos de juicio en la historia legislativa de esa disposición ni en los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, que permitan concluir que tales causales de inhabilidad son aplicables frente a medidas de aseguramiento, sentencias penales y civiles u otros hechos ocurridos en el exterior y sin ninguna vinculación directa con el Estado colombiano.

Ahora bien, en cuanto hace relación a la posibilidad de que la medida de aseguramiento o la sentencia sea proferida por un juez extranjero, la Sala reconoce que en virtud de la internacionalización del derecho penal, especialmente en relación con ciertos delitos que se consideran perjudiciales para los intereses de la comunidad internacional, como el narcotráfico, el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito y otras conductas calificadas como actos de corrupción, de lo cual constituyen un vivo ejemplo los tratados internacionales mencionados en este concepto, y de la globalización de la economía, es posible que un hecho ilícito cometido por un nacional domiciliado, domiciliado o que se encuentre en tránsito en otro país, o por un extranjero, en relación con la actividad contractual **de las entidades públicas en Colombia**, sea investigado y juzgado por una **autoridad judicial extranjera**.

Este sería el caso, para citar un ejemplo, de un extranjero a quien se le imputara en su país de origen, de domicilio o de residencia el delito de “soborno transnacional”, por el hecho de haber dado u ofrecido alguna prebenda o beneficio a un **servidor público colombiano**, para lograr la adjudicación de un contrato por parte de una entidad estatal del país, o para obtener alguna otra ventaja en un proceso de selección o en un contrato.

En dichos eventos, no resultaría válido concluir, invocando el principio de territorialidad de la ley colombiana, que la medida de aseguramiento en firme que se le dicte o la condena penal que se le llegue a imponer en otro país, no tenga efecto alguno en Colombia, cuando dicho nacional o extranjero funja como representante legal de una persona jurídica **que se encuentre participando en un proceso de contratación o haya celebrado un contrato con la Nación o con otra entidad pública colombiana**, pues el supuesto de hecho sobre el cual se basa este conjunto de normas de la Ley 80 de 1993 (incluyendo el artículo 58, numeral 6º), consiste en que las decisiones de las autoridades judiciales competentes se adopten en virtud de hechos u omisiones que se imputen a ciertas personas **en relación con su actuación contractual**, la cual, como ya se explicó, debe entenderse referida necesariamente **al Estado colombiano (dentro o fuera del país)**.

Recuérdese, además, que el artículo 17 del Código Penal reconoce, de forma general y con las excepciones previstas en la misma norma, la validez y la eficacia de las sentencias penales (absolutorias o condenatorias) dictadas en el extranjero, “*para todos los efectos legales*”, tal como se explicó en relación con la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993<sup>199</sup>.

<sup>199</sup> Vale la pena aclarar, sin embargo, que la misma disposición legal, en armonía con lo preceptuado en los artículos 15 y 16 ibidem, establece algunos delitos en los cuales las sentencias penales dictadas en el exterior (ya sea absolutorias o condenatorias) no tienen efectos de cosa juzgada en el país, bajo el entendido de que tales delitos pueden y deben ser investigados y juzgados también por las autoridades judiciales colombianas, evento en el cual prevalecerían las decisiones que sean adoptadas por tales autoridades. En dichos casos, entonces, las entidades estatales contratantes tendrían que sujetarse a las actuaciones que realicen la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales, y atenerse a lo que las mismas autoridades decidan, para determinar la procedencia o no de esta causal de inhabilidad.

La Sala considera que sostener que la inhabilidad descrita no pueda generarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria sea dictada por jueces extranjeros, aunque se refiera a **hechos delictivos cometidos en Colombia o en el exterior pero relacionados directamente con la actividad contractual del Estado colombiano**, supondría hacer una aplicación extrema del principio de territorialidad, que omitiría la existencia de elementos internos o nacionales en la situación que se describe, como la afectación que tales conductas producen a los intereses legítimos del Estado colombiano, desconocería los valores y las finalidades que se busca proteger perseguidas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y vulneraría el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ya que por los mismos hechos, que afectan en igual grado los intereses jurídicos del Estado colombiano, algunas personas jurídicas quedarían inhabilitadas para contratar con él y otras no, sin que existiera una razón suficientemente válida y convincente para justificar ese trato diferencial.

Por tales razones debe admitirse que, excepcionalmente, estas causales de inhabilidad pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tal decisión se fundamente en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman). Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad.

La Sala es consciente de que la aplicación de la causal referente a las medidas de aseguramiento adoptadas por funcionarios judiciales extranjeros, en los casos descritos, puede enfrentar algunas dificultades prácticas, debido principalmente a que tales decisiones forman parte del procedimiento penal y, en últimas, de la política criminal de cada Estado, por lo que la legislación de cada país es la llamada a establecer lo que se entiende por medidas de aseguramiento u otras instituciones equivalentes, los tipos o clases de medidas que pueden adoptarse, su procedencia dentro de la investigación o el proceso penal, el momento y la forma en que tales providencias quedan en firme, su vigencia y la manera de revocarlas o modificarlas, etc.

No obstante, en cada caso concreto, la existencia de tales decisiones, la firmeza de las mismas y su compatibilidad o equivalencia con las medidas de aseguramiento previstas en el Código de Procedimiento Penal colombiano, habrán de establecerse dentro de la actuación administrativa que lleven a cabo las entidades estatales con el fin de declarar la existencia de la respectiva inhabilidad y determinar sus efectos jurídicos, para lo cual deberá hacerse uso de los instrumentos de colaboración internacional que han sido explicados en precedencia, así como de los medios de prueba que regula el Código de Procedimiento Civil, por la remisión que hace al mismo el CPACA.

Por las razones anteriores debe admitirse que, excepcionalmente, las dos primeras causales de inhabilidad contenidas en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un

juez extranjero, siempre que tales decisiones se fundamenten en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman).

Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad.

No sobra aclarar que si el delito por el cual es condenado en el extranjero el representante legal (persona natural) de una persona jurídica foránea es uno de aquellos mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, dicho individuo incurriría en la inhabilidad prevista en esta norma (por 20 años o en forma permanente, según el caso), mientras que la persona jurídica de derecho privado que aquel sujeto representa o representaba quedaría inhabilitada por diez (10) años, siempre que los hechos o las omisiones por los cuales sea condenado tengan relación directa con la actividad contractual ejercida por esa persona frente al Estado o las entidades públicas colombianas. De no ser así, es decir, si los hechos o las omisiones por las cuales es condenado penalmente no tienen relación directa con su actividad contractual frente al Estado colombiano, la inhabilidad cobijaría solamente a la respectiva persona natural (por 20 años o en forma permanente, según el caso), siempre que aquel individuo no sea, al mismo tiempo, socio de la entidad extranjera, pues en este último caso la inhabilidad también afectaría (por 20 años) a la respectiva sociedad, a sus matrices y a sus subordinadas.

Finalmente, puede sostenerse algo similar a lo que se ha explicado, en relación con la tercera causal de inhabilidad consagrada en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80, en armonía con la parte final del numeral 3 del mismo artículo. En efecto, de acuerdo con dichas normas, quedan inhabilitadas para contratar con el Estado por un período de 10 años las personas naturales o jurídicas que sean declaradas responsables civilmente por hechos u omisiones que se les imputen en relación con su actuación contractual en Colombia o frente al Estado colombiano, lo cual exige, en principio, que dicha declaratoria de responsabilidad sea hecha por un juez o un tribunal de arbitramento nacional. Sin embargo, excepcionalmente, dicha inhabilidad puede darse cuando la declaratoria de responsabilidad sea efectuada por un tribunal de arbitramento internacional o extranjero, en virtud de una cláusula compromisoria que se haya estipulado válidamente en esos términos en un contrato estatal, e incluso, por un juez extranjero, si la entidad pública contratante ha decidido acudir a esa autoridad para declarar la responsabilidad del contratista, por encontrarse este domiciliado en otro país, o por haberse ejecutado el contrato en el exterior, o por otras circunstancias semejantes. Lo importante, en tales casos, es que la declaratoria de responsabilidad se refiera a hechos u omisiones relacionados directamente con la actividad contractual de la respectiva persona natural o jurídica contratista **frente al Estado colombiano**.

En virtud de lo expuesto, la Sala concluye que las causales de inhabilidad mencionadas en la consulta y previstas en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se presentan

cuando un juez colombiano dicta medida de aseguramiento en firme o sentencia penal condenatoria en firme contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado (sin importar la nacionalidad de ninguno de ellos), por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano (incluyendo todas sus entidades, órganos y organismos); pero excepcionalmente pueden darse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a la misma se relacionen directamente con **la actividad contractual realizada por la persona natural investigada o condenada frente al Estado colombiano** (en Colombia o en el exterior), y la Fiscalía General de la Nación o los jueces penales colombianos no hayan avocado la investigación o el conocimiento de los mismos hechos.

## 8. El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011

Esta norma dispone lo siguiente:

*“Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.*

*En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.*

*De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público”.* (Subraya la Sala).

La norma transcrita, junto con aquellas que le resultan concordantes, de índole penal y administrativo<sup>200</sup>, no consagran causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad para contratar con las entidades públicas.

200 La Ley 906 de 2004 contiene el Código de Procedimiento Penal que se aplica a la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 (artículo 533). El artículo 91 forma parte del título II (“Acción penal”), capítulo II (“Comiso”) dispone:

*“Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.*

*Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”.* (Se resalta).

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 222 de 1995 establece lo siguiente:

*“Artículo 86. Otras funciones. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:*

1. Unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control.

2. Dar apoyo en los asuntos de su competencia al sector empresarial y a los demás organismos del Estado.

3. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.



Lo que dichas normas establecen es: (i) Por una parte, la facultad que se otorga a los jueces penales (colombianos) para que, en desarrollo de los procesos judiciales que lleven a cabo, puedan adoptar determinadas medidas transitorias (suspensión) o definitivas (cancelación) contra las personas jurídicas o los establecimientos de comercio respecto de los cuales existan motivos fundados para inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Tales medidas pueden adoptarse contra las personas jurídicas que “*se hayan buscado beneficiar*” de la comisión de delitos contra la administración pública o contra el patrimonio público, cometidos por sus representantes legales o administradores; y (ii) en segundo lugar, la potestad que se asigna a la Superintendencia de Sociedades para que imponga multas de hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando una sociedad “*haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público*”, con el consentimiento o la tolerancia de su representante legal o de alguno de sus administradores.

Como se aprecia claramente, las medidas preventivas y sancionatorias mencionadas, incluyendo la cancelación de la personería jurídica de las sociedades, solamente pueden ser adoptadas por los jueces penales colombianos o por la Superintendencia de Sociedades, según el caso, en el curso de los procesos judiciales y de las actuaciones administrativas que desarrollen, de acuerdo con las normas de procedimiento que resulten aplicables.

Resulta evidente, por lo tanto, que tales disposiciones legales no permiten de ninguna manera que la Nación o cualquier otra entidad pública colombiana que intervenga como contratante en un proceso de contratación o en un contrato, suspenda o cancele la sucursal de una sociedad extranjera, ni la personería jurídica de una sociedad colombiana que sea subordinada de una extranjera, ni mucho menos, la personería jurídica de una sociedad extranjera, por el hecho de que la respectiva sociedad, su matriz, o los representantes legales o administradores de una u otra estuvieren siendo investigados o fueren, incluso, condenados en el exterior por su participación en delitos contra la administración pública u otras conductas similares.

Tales medidas solamente podrían ser adoptadas por un juez penal colombiano, en desarrollo de un proceso que se lleve a cabo dentro del país, aunque el afectado con las mismas sea la sucursal de una sociedad extranjera o una sociedad colombiana constituida en el país por una sociedad del exterior. Naturalmente, si una de dichas medidas llegare a decretarse por un juez colombiano y quedare en firme, la respectiva sociedad extranjera (por intermedio de su sucursal) o la sociedad subordinada colombiana, no podrían seguir participando en ningún proceso de contratación ni podrían celebrar y ejecutar un contrato con una entidad estatal, mientras se mantenga la medida dictada en su contra, pero no por el hecho de estar incursas en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, sino por la simple pero importante razón de encontrarse en suspenso su personería jurídica o de haberse cancelado la misma, lo cual les impediría celebrar cualquier acto jurídico, no solamente con las entidades estatales colombianas sino con cualquier otra persona de derecho público o privado.

---

4. Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen de los hechos relacionados con la dirección, administración o fiscalización de las sociedades, de acuerdo a lo previsto en la ley.

5. Ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la ley.

6. Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en que haya lugar.

7. (Modificado por el artículo 151 del Decreto 19 de 2012). Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad...

8. Las demás que le asigne esta ley”. (Subrayas fuera del texto).

## 9. Recapitulación sobre las normas y causales de inhabilidad analizadas.

El análisis jurídico que se ha efectuado hasta el momento, le permite a la Sala concluir que de las normas y causales de inhabilidad para contratar que se mencionan en la consulta, las únicas inhabilidades que podrían generarse por las decisiones que adopten **autoridades penales del exterior**, son las siguientes:

(i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).

(ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

(i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

(ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.

(iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.

(iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

En este orden de ideas, la siguiente matriz resume lo expuesto por la Sala sobre la interpretación y aplicación de las citadas causales de inhabilidad:

Supuesto de hecho Artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Declaratoria judicial de responsabilidad por “delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos”.	Colombiana o extranjera	Persona natural que resulte condenada. Sociedades en las cuales sea socia (incluye sucursales). Sociedades matrices y subordinadas de aquellas. Salvo sociedades anónimas abiertas	Veinte (20) años, salvo que el delito afecte el patrimonio del Estado colombiano (caso en el cual la inhabilidad es permanente)

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (primera causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Haberse dictado “medida de aseguramiento en firme” al representante legal de una persona jurídica de derecho privado por “hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual” (frente al Estado colombiano).	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la medida de aseguramiento (incluye sucursales)	El mismo tiempo de duración de la medida de aseguramiento.

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (segunda causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Sentencia condenatoria (en firme) contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado por “hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual” (frente al Estado colombiano)	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la condena penal (incluye sucursales)	Diez años

## 10. Comentarios a una sentencia reciente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado acerca de las condenas proferidas por autoridades judiciales extranjeras y sus efectos para configurar una inhabilidad en Colombia.

La Sección Tercera del Consejo de Estado estudió la validez de un acto administrativo por medio del cual la Comisión Nacional de Televisión declaró la caducidad de un contrato de concesión<sup>201</sup> con base en diferentes argumentos, entre los cuales se encontraba la circunstancia consistente en que el representante legal y accionista del concesionario había sido condenado en los Estados Unidos de América a *“una pena privativa de la libertad por el delito de posesión con la intención de distribuir cocaína”*, lo que constituía una inhabilidad.

En la sentencia se analizó la prueba suministrada para el efecto a la entidad contratante, es decir, una certificación expedida por *“Ministerio de Relaciones Exteriores – Coordinador de Grupo de Asistencia a Connacionales y Promoción de Comunidades Colombianas en el Exterior”*, donde se precisó el delito por el cual fue condenado el representante legal y accionista del concesionario, la duración de la condena y la fecha hasta la cual se extendió la condena, de acuerdo con la información remitida para el efecto por el consulado colombiano en el extranjero.

Con base en esta prueba, la Sección Tercera, en el mismo sentido en el que lo dispuso la entidad contratante en el acto administrativo demandado, concluyó que el concesionario se encontraba inhabilitado para celebrar el contrato de acuerdo con el artículo 58 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 506 de 1999<sup>202</sup>.

En este asunto, lo dicho por la Sección Tercera encaja con la línea de pensamiento expuesta por la Sala y concuerda con lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, artículo 122, inciso final, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, artículo 1° y por el Acto Legislativo 1 de 2009, artículo 4, pues prescribe que no podrán celebrar contratos con el Estado personalmente, o por interpuesta persona, *“quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”*<sup>203</sup>.

En relación con la prueba recabada, en la sentencia referida se concluyó que *“configura un acto de fe pública y tiene el alcance de plena prueba”*, sin que resulte exigible el trámite del exequatur para efectos de acreditar en Colombia la causal de inhabilidad referida, *“por cuanto no se trata de ejecutar en Colombia una sentencia judicial proferida en el extranjero sino,*

201 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

202 *“La Comisión Nacional de Televisión se abstendrá de adjudicar la correspondiente licitación u otorgar licencia, cuando en la sociedad o en la comunidad organizada interesada en la concesión tuviere participación, por sí o por interpuesta personas, una persona que haya sido condenada en cualquier época a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo es causal de nulidad absoluta de la adjudicación de la licitación u otorgamiento de la licencia correspondiente. Cuando uno de los socios o partícipes de la sociedad o comunidad organizada beneficiaria de la concesión, hubiere sido condenado por alguno de los delitos mencionados en el inciso anterior, la sociedad o comunidad correspondiente perderá el contrato y la Comisión Nacional de Televisión procederá a terminarlo unilateralmente. Si se tratare de licencia, la Comisión procederá a revocarla, sin que en éste último caso se requiera el consentimiento del titular de la concesión; sin que en ninguno de los casos hubiere derecho a indemnización alguna. Parágrafo:*

203 La norma indica en el inciso siguiente: *“Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.*

*simplemente, de demostrar el hecho de que XX había sido condenado a una pena privativa de la libertad por el delito de posesión con la intención de distribuir cocaína*<sup>204</sup>.

En ese orden de ideas, la Sala ha considerado pertinente referir esta decisión judicial del Consejo de Estado, en la cual se ha dado validez a las sentencias condenatorias proferidas por autoridades judiciales extranjeras para configurar una inhabilidad en un contrato celebrado por una entidad estatal, aun cuando, como es evidente, se trata de supuestos fácticos y normativos que no guardan relación exacta con los términos de la consulta.

### VIII. Consideraciones finales

El análisis realizado por la Sala acerca de las inhabilidades, de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes y los instrumentos internacionales que procuran prevenir, sancionar y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, permite llegar a la conclusión de que los supuestos de hecho referidos en la consulta pueden resultar enmarcados dentro de algunas de las causales de inhabilidad consagradas en el régimen vigente.

No obstante, se advierte la deficiencia de las normas actuales para precisar ciertas hipótesis que en el ámbito de la lucha contra la corrupción deberían generar inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, así como también resulta evidente la falta de desarrollo legal suficiente para dar eficacia plena a los principios constitucionales y a los compromisos asumidos por Colombia en virtud de los instrumentos internacionales analizados en este concepto.

En el mismo sentido se encuentra la necesidad de establecer, de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Colombia para la prevención y sanción de la corrupción, así como en atención a los acuerdos bilaterales de asistencia judicial y a cualesquiera otros instrumentos internacionales, una serie de protocolos, procesos y medidas en virtud de los cuales las autoridades nacionales competentes hagan viable y eficiente la aportación de pruebas provenientes del extranjero, en particular, de las providencias judiciales que pudieran tener efecto en la contratación estatal en Colombia para configurar supuestos de inhabilidad o incompatibilidad.

De conformidad con las consideraciones que anteceden,

### LA SALA RESPONDE:

*1. ¿En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano con régimen privado de contratación, se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿Cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas*

204 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

*en aquellos casos en que alguna de las conductas descritas sobrevenga durante el desarrollo del proceso de selección antes de la selección de contratista, con posterioridad a la aceptación de la oferta o a la firma del contrato o durante su ejecución? En caso contrario, ¿Explicar cuál sería el régimen aplicable?*

Teniendo en cuenta las hipótesis planteadas en la pregunta y según las consideraciones expuestas:

(i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas, bien sea que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).

(ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas, bien sea que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

(i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

(ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.

(iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.

(iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

No obstante, la circunstancia de que no se presente inhabilidad en estos casos, en manera alguna exime a las entidades estatales, bien sea que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, de la obligación de adoptar medidas para prevenir y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, en aplicación de los principios de buena fe, precaución, transparencia y moralidad, que tienen aplicación concreta en las diferentes etapas del proceso de contratación.

Así, entre otras medidas podrían adoptar las siguientes:

(i) En los estudios previos que sustentan la contratación: a) tipificar, estimar y asignar los riesgos para prevenir actos de corrupción; b) contemplar las medidas tendientes a verificar las calidades de los proponentes o futuros contratistas;

(ii) En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta: a) exigir la suscripción de “*pactos o compromisos de integridad*” y de la “*declaración de origen de fondos*”; b) identificar plenamente al proponente y verificar los datos pertinentes, de acuerdo con la prerrogativa de la entidad, y c) señalar expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero y, en consecuencia, exigir garantías suficientes que permitan mantener cubierta a la entidad en relación con este riesgo;

(iii) En las cláusulas contractuales: a) incorporar la obligación a cargo del contratista de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, así como la modificación del estado de los mencionados riesgos; b) con el fin de proteger los intereses de la administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal; c) estipular multas en los términos expuestos en este concepto.

Ahora bien, es posible que las causales de inhabilidad previstas en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y en el artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, sobrevengan durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución, caso en el cual deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 80 de 1993 o en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, según el caso, en el sentido de que si la inhabilidad se presenta antes de la adjudicación se entenderá que el proponente renuncia a la propuesta; si acaece después de la adjudicación, se podrá revocar el acto; si sobreviene después del perfeccionamiento del contrato, cederá su posición contractual a un tercero, con autorización previa de la entidad.

Finalmente, cuando el régimen contractual de la entidad estatal colombiana sea excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, en los tér-

minos de la consulta, cuando quiera que se trate de “*una entidad del Estado colombiano con régimen privado de contratación*”, estará sometida en todo caso al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por lo tanto, en relación con dichas entidades, son aplicables las consideraciones y conclusiones expresadas en este concepto, incluyendo lo dicho en la presente respuesta.

*2. ¿Se podría aceptar la oferta a un proponente que en este momento tiene una presunta investigación o una investigación penal en curso en un país extranjero? En el evento de que la respuesta sea negativa, ¿cuáles serían los fundamentos para no aceptar la oferta?*

Sí. De acuerdo con las consideraciones expuestas en el concepto y en atención a la respuesta anterior, las normas legales colombianas y los convenios internacionales no prescriben que una investigación penal en curso en un país extranjero en contra de un proponente, su matriz o subsidiaria, o del representante legal, socio, miembro de junta directiva o apoderado constituya una causal para que la entidad estatal contratante se abstenga de aceptar la oferta de un proponente. Es decir, tales circunstancias no constituyen una causal de inhabilidad para que el Fondo Adaptación se abstenga de aceptar la oferta.

No obstante, en atención a los principios de transparencia, buena fe y precaución que vinculan a las entidades estatales, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, el Fondo Adaptación, con el propósito de identificar plenamente al proponente podrá pedir la información que considere necesaria, esto es, la calidad con la que actúa, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales y miembros de junta directiva, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general.

En el supuesto caso en el que se verifique que existe una investigación penal en el extranjero que involucra al proponente, se podrán incluir obligaciones en las cláusulas contractuales que amparen los riesgos que esta situación genera, en los términos dispuestos en la respuesta dada a la pregunta anterior, es decir, la exigencia de un reporte periódico sobre la situación del contratista, las cláusulas resolutorias expresas y las multas, frente a la presencia de actos de corrupción.

*3. Siendo el Fondo Adaptación una Entidad Pública con régimen de derecho privado, ¿puede declarar la inhabilidad sobreviniente a un contratista, por un fallo en firme de una Entidad Jurisdiccional Extranjera? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿bajo qué instrumento jurídico se declararía esa inhabilidad, teniendo en cuenta el régimen privado de contratación?*

En los términos dispuestos en el concepto, especialmente en la respuesta a la primera pregunta en torno a la aplicación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad comprendidas en el Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública en relación con las entidades que cuentan con un régimen contractual excepcional, los proponentes que formulen ofertas al Fondo Adaptación, así como



quienes celebren contratos con esta entidad, están sujetos a tales causales de inhabilidad e incompatibilidad.

En efecto, el Fondo Adaptación, en su condición de establecimiento público, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera debe aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por la remisión expresa que diferentes normas hacen al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 (artículo 7° del Decreto 4819 de 2010; artículo 155, inciso 2 de la Ley 1753 de 2015; artículo 12 de la Resolución n.º 001 de 2012).

En ese orden de ideas, de forma congruente con lo absuelto en la respuesta a la primera pregunta, previa actuación administrativa en la que se respete y garantice el debido proceso, en concreto los derechos de defensa y contradicción, habrá lugar a que el Fondo Adaptación profiera una decisión por medio del funcionario competente para el efecto o de su delegado, en la cual determine que se ha configurado una inhabilidad sobreviniente, si durante el proceso de selección, o en el período comprendido entre la expedición de la decisión de adjudicación del contrato y la fecha de suscripción del contrato correspondiente, o después de su perfeccionamiento, sobreviene alguna de las siguientes hipótesis:

(i) Una autoridad jurisdiccional extranjera profiere sentencia condenatoria, la cual deberá estar debidamente ejecutoriada, en contra de la persona natural que tiene la condición de proponente, adjudicatario o contratista, por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011).

(ii) Una autoridad jurisdiccional extranjera profiere sentencia condenatoria, la cual deberá estar debidamente ejecutoriada, o medida de aseguramiento en firme, en contra del representante legal de una persona jurídica de derecho privado, nacional o extranjera, por hechos u omisiones en Colombia o en el exterior, siempre y cuando se refieran a su actividad contractual en relación con el Estado colombiano (numeral 6 del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

*4. ¿Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de estos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?*

La Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de la ONU contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción no establecen directamente inhabilidades para los proponentes ni para las sucursales de estos constituidas en Colombia, en lo que hace a contratar con el Estado, en caso de que se hayan visto envueltos en actos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública en otros países.

No obstante, la incorporación de los convenios internacionales de lucha contra la corrupción al ordenamiento interno colombiano, vincula a las autoridades nacionales para que apliquen controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal, y prevengan que esa actividad sea vehículo de actos de corrupción o se vea afectada por estos. Por último, debe subrayarse que sustentan la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tal como se desprende de la argumentación desarrollada en este concepto.

*5. ¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales avalados por el Estado colombiano para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?*

Los documentos e informaciones en los cuales se haga constar el contenido y la firmeza de las decisiones judiciales emitidas en el extranjero, pueden obtenerse con base en los instrumentos internacionales mencionados en este concepto, así como en las normas procesales y probatorias del derecho colombiano que resulten pertinentes. En el mismo sentido se procederá para obtener los antecedentes disciplinarios o fiscales provenientes del exterior que se requieran. En efecto, los mecanismos de cooperación internacional analizados no están limitados exclusivamente al ámbito de investigación y juzgamiento penal, sino que pueden ser utilizados para obtener datos relevantes que incidan en las actuaciones administrativas contractuales (artículo 77 de la Ley 80 de 1993; artículos 2 y 40 del CPACA; artículos 116, 251, 259, 260, 262 del CPC; artículos 243 y 251 del CGP; artículo 17 del Código Penal; artículos 427 y 485 del CPP y Ley 455 de 1998).

Remítase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 5. Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014.

### Radicado 2263

Fecha: 17/03/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 22 de abril de 2016

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a la Sala sobre las acciones que debe tomar la cartera que dirige, en caso de modificaciones en la ejecución de los contratos de incentivo forestal contemplados en la Ley 139 de 1994, derivadas de imprevistos ecológicos y ambientales, tales como “(...) *cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades positivas de la reforestación (...)*”, no consagrados al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF), pero sin que ello implique alteración en la cuantía del mismo.

### I. Antecedentes

En la solicitud de consulta el Ministerio señaló:

Mediante la Ley 139 de 1994, se creó el Certificado de Incentivo Forestal - CIF, para, como su nombre lo indica, incentivar la reforestación y aprovechar los beneficios ambientales y sociales que ella genera. En términos del artículo 1º de la citada normativa, su finalidad es promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor, en terrenos de aptitud forestal. Se trata entonces de un documento otorgado para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, a través del cual, la persona beneficiaria tiene derecho a obtener por una sola vez y en las fechas, términos y condiciones determinadas, una suma de dinero autorizada para el efecto por Finagro, en contraprestación a su contribución con el plan nacional de reforestación y a la vez a la generación de empleo y desarrollo de las áreas rurales del país.

Se anota que, antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014<sup>1</sup>, los contratos de Certificado de Incentivo Forestal (CIF) se realizaban con fundamento en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y en particular en la Ley 139 de 1994<sup>2</sup>.

En cumplimiento del referido marco normativo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural celebró, entre los años 2006 y 2012, varios contratos de Certificado de Incentivo Forestal - CIF, con vigencias entre 5 y 7 años.

1 “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de financiamiento para la reactivación del sector agropecuario, pesquero, acuícola, forestal y agroindustrial, y se dictan otras disposiciones relacionadas con el fortalecimiento de la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica)”.

2 La Ley 139 de 1994 fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1824 de 1994, el cual fue sustituido por el Decreto 1071 de 2015.

Según los supuestos de hecho contenidos en la consulta, durante la ejecución de varios de estos contratos, por razones de tipo técnico, como por ejemplo, la no adaptación de las especies, el bajo porcentaje de germinación o las heladas –eventos que podrían considerarse imprevisibles al momento de celebrar el contrato–, se realizaron cambios: i) respecto de la cantidad de hectáreas establecidas por especie, ii) en otros casos remplazaron una especie por otra y iii) en otros redistribuyeron el número de hectáreas de una especie pero conservaron el área total del proyecto.

Dichos cambios se realizaron como respuesta a las situaciones de hecho de la plantación sin que mediara previo aviso al Ministerio y por consiguiente, sin que previamente se modificara el PEMF y/o el contrato estatal, razón por la cual se ordenó la suspensión de los respectivos pagos.

Frente a estos hechos, la Oficina Asesora Jurídica y el Área Misional Técnica - Dirección de Cadenas Agrícolas y Forestales del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, plantean posiciones divergentes relacionadas con la ejecución sustancial de los objetos contractuales.

De una parte, el Área Jurídica considera que se estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, dado que el contratista realizó cambios en el objeto del contrato de manera unilateral. Afirma que aunque reconoce que en la ejecución de cualquier contrato existen situaciones imprevisibles e irresistibles, exógenas a las partes, que conducen a modificar las obligaciones contractuales, estas se enmarcan dentro de lo que la jurisprudencia y la doctrina denomina como la teoría de la imprevisión y el fenómeno del equilibrio económico del contrato, **aspecto que no fue muy claro en los contratos a los que hace referencia.**

Agrega que los contratistas no dieron previo aviso al Ministerio de las situaciones que se estaban presentando en las plantaciones y que en este sentido no se aplicó el principio de la buena fe, que exige a la Administración Pública y a los particulares, determinados comportamientos sustentados en el valor ético de la confianza, tendientes a actuaciones leales, justas y de permanente colaboración en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de las obligaciones.

No obstante lo anterior, a pesar del texto literal del clausulado, la Dirección de Cadenas Agrícolas y Forestales de la misma cartera ministerial, considera desde el punto de vista finalista y sustantivo que los cambios realizados en los objetos contractuales pueden generar las mismas externalidades positivas que se pretenden obtener por medio de la Ley 139 de 1994, lo cual en últimas, no afectaría el resultado esperado de la ejecución de los contratos, esto es, la externalidad positiva de la reforestación. Lo anterior, sin perjuicio de las particularidades de cada contrato.

Añade que este tipo de situaciones deberían ser objeto de solución, como incidentes propios que el Ministerio podría valorar en cada caso concreto, de acuerdo a la visita de seguimiento, según se afecte o no materialmente el contrato o el resultado del mismo. En estas circunstancias, estima que no se afecta su cuantía y el efecto positivo de la externalidad de la reforestación.

De acuerdo con lo expuesto, sería necesario determinar cuáles acciones debería realizar el Ministerio cuando las modificaciones en la ejecución, derivadas de los imprevis-

tos ecológicos y ambientales, no produzcan daño al ecosistema o incluso, generen beneficios no previstos en los Planes de Establecimiento y Mantenimiento Forestal. Para esa Dirección, ciertas modificaciones podrían estar desprovistas de antijuridicidad y por tanto merecerían un tratamiento ajustado a los propósitos medioambientales de los contratos.

La consulta informa que el clausulado de los contratos no contiene una obligación específica que establezca el deber de informar eventos como estos en un plazo determinado, aunque sí prevé las obligaciones de información en los casos de pérdida de la plantación, y en concordancia con las normas aplicables, de cumplimiento estricto del PEMF. Agrega que algunos contratos determinan la obligación de no realizar modificaciones al PEMF, sin la previa autorización del Ministerio, en particular si altera “el área o especie a plantar”.

El Ministerio señala que se trata de más de 30 contratos y que el manejo de la situación puede involucrar a la entidad en un número similar de controversias contractuales.

Finalmente reitera, que en la actualidad el artículo 19 de la Ley 1731 de 2014 eliminó la celebración del contrato para el otorgamiento del incentivo forestal y lo sustituyó por la expedición de un acto administrativo:

*“Artículo 19. Otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal. Para facilitar la administración financiera del Certificado de Incentivo Forestal entiéndase todos los efectos que las alusiones a la celebración de un contrato para el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal (CIF), de que trata la Ley 139 de 1994, se referirán a un acto administrativo expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, o la entidad que este delegue”.*

En consecuencia, el señor Ministro formuló las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *“Cuando por razones imprevisibles al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF) y de la suscripción de un contrato de Certificado de Incentivo Forestal (tales como lo no adaptación de la especies pactadas literalmente en el contrato, bajo porcentaje de su germinación o de eventos de heladas), en la ejecución del contrato hayan sido realizados cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades positivas de la reforestación, sin alteración de la cuantía del contrato, ¿tal situación puede ser admisible para el Ministerio si no hubo previa información a este y modificación del PEMF y/o contrato?”*

2. *En caso de no ser admisible, ¿debe iniciarse el procedimiento administrativo o judicial para la declaratoria de incumplimiento?”*

3. *¿Las anteriores respuestas aplican tanto para el caso en que el número de hectáreas por especie se determinó en la cláusula de objeto contractual, como en aquellos en los cuales el objeto contractual solo define un área total del proyecto, pero en las cláusulas de obligaciones del contratista se discriminan las cuantías por especie?”*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

### 1. Problemas jurídicos planteados

De acuerdo con los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, la Sala observa que los problemas jurídicos planteados por el organismo consultante, son los siguientes:

En primer lugar se debe determinar si, para la entidad pública contratante, pueden resultar admisibles los cambios realizados por los contratistas en los contratos mediante los cuales se formalizaba el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal (CIF), que debían ejecutarse con estricta sujeción al PEMF, teniendo en cuenta que obedecieron a situaciones de hecho, y que conservan las mismas externalidades positivas inicialmente pactadas y previstas en la Ley 139 de 1994. Lo anterior, sin perjuicio de las particularidades de cada caso, como lo señala la entidad estatal.

En segundo lugar, se solicita aclarar si existe un incumplimiento contractual y, por ende, la necesidad de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo o judicial.

En tercer lugar, se debe definir si la respuesta a estos problemas jurídicos son igualmente aplicables para el caso en que el número de hectáreas por especie se estipuló en la cláusula de objeto contractual, o cuando el objeto contractual solo definió un área total del proyecto, pero en las cláusulas de obligaciones del contratista se discriminan las cuantías por especie.

Con el fin de responder a los problemas jurídicos planteados en la consulta, esta Sala encuentra pertinente, revisar:

– Las normas relacionadas con el Certificado de Incentivo Forestal (CIF), en especial, la Ley 139 de 1994 y el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF).

– El régimen jurídico del contrato estatal consagrado por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, y en el Decreto 1824 de 1994 vigente al momento en que se suscribieron los respectivos contratos.

#### • El caso concreto.

Desde el inicio, la Sala desea precisar que en la consulta se involucran dos momentos y situaciones jurídicas distintas: una, la relacionada con las circunstancias de ejecución del contrato que, al parecer, obligaban o hacían más conveniente para el fin buscado una modificación con sujeción a la ley, de lo inicialmente convenido y otra, la forma en que se realizaron los cambios al contrato, por decisiones unilaterales del contratista, aun cuando el resultado en algunos casos pudo lograr la externalidad positiva a que alude el área técnica del Ministerio. Se precisa que el concepto emitido se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en el contenido de la consulta.

## 2. El Certificado de Incentivo Forestal (CIF) y el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF)

### 2.1. Objeto y finalidad del Certificado de Incentivo Forestal (CIF)

De acuerdo con los antecedentes legislativos de la Ley 139 de 1994, el Certificado de Incentivo Forestal surge para ser otorgado a las personas naturales o jurídicas que realicen inversiones en nuevas plantaciones forestales en terrenos con esta aptitud de uso. Se trata de un instrumento a través del cual se otorga una bonificación correspondiente a las externalidades positivas generadas por la actividad forestal. En la exposición de motivos se dijo expresamente<sup>3</sup>:

*“Dadas las externalidades positivas de la reforestación con beneficios ambientales y sociales apropiables por el conjunto de la población, el Gobierno nacional considera conveniente el establecimiento de un incentivo transparente y directo a quienes implementen inversiones directas en nuevas plantaciones forestales.*

El Certificado de Incentivo Forestal CIF es un aporte en dinero que cubre parte de los costos en siembra y manejo durante el periodo improductivo de la actividad. Los beneficiarios del sistema integral de descuentos y deducciones tributarias no tendrán acceso al incentivo para la misma área plantada.

El esfuerzo real se concentrará en la ampliación de la cobertura de beneficiarios efectivos del incentivo directo para plantaciones con especies exóticas, y en el reconocimiento de un incentivo superior para plantaciones de especies nativas que tengan mayor capacidad de protección y se destinen a la producción de maderas duras, que puedan sustituir en el largo plazo la oferta de los bosques naturales.

Las características esenciales del Certificado de Incentivo Forestal propuesto son las siguientes:

*a) Transparencia en la identificación del beneficiario. El incentivo será otorgado a las personas naturales o jurídicas que realicen inversiones directas en nuevas plantaciones con especies forestales en terrenos de potencial preferentemente forestal. La subvención debe reservarse a esta clase de suelos porque las externalidades de la reforestación se darán principalmente allí, mientras que en otros suelos su reforestación podría implicar la subutilización de recursos escasos.*

*b) Claramente verificable. Con el propósito de garantizar la correcta utilización del incentivo y la perdurabilidad del recurso creado, todo beneficiario el incentivo deberá presentar un Plan de Establecimiento Forestal, PEMF. El Plan contempla aspectos técnicos tales como la siembra de especies apropiadas para el área, el empleo de prácticas adecuadas para el desarrollo y aprovechamiento de las plantaciones y la protección de suelos, y las actividades de resiembra del área beneficiaria del CIF luego de la corta final.*

3 Cfr. Exposición de Motivos. Ley 139 de 1994. Gaceta del Congreso No. 66 del 15 de septiembre de 1992. Págs. 1-4.

c) *Simplicidad en su administración y tramitación.*

d) *Facilidad y control. El CIF no puede estar asociado al diseño de controles adicionales para la verificación de la destinación del incentivo.*

e) *Justificable desde el punto de vista económico y atractivo al inversionista por su rentabilidad. Para la definición del monto óptimo del incentivo, se tendrán en cuenta las externalidades positivas de la reforestación, medidas en términos ambientales; el monto teórico actual del incentivo tributario y la rentabilidad mínima exigida por los inversionistas. El incentivo no podrá exceder el valor de las externalidades no apropiables directamente por el reforestador individual.*

(...)

## 6. Descripción del proyecto de ley

*El proyecto consta de once artículos. El primero de “Creación” del Certificado de Incentivo Forestal (CIF), establece las características principales del CIF y define los beneficios de ser un incentivo directo. Aquí se establecen los requisitos previstos a cumplir por parte de los beneficiarios potenciales, a saber: **la celebración de un contrato con la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del ambiente, y el cumplimiento de un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF)**”. (Negrillas de la Sala).*

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se aprobó la Ley 139 de 1994, la cual en su artículo 1º, crea el Certificado de Incentivo Forestal en cumplimiento de los deberes asignados al Estado en los artículos 79 y 80 de la Constitución: un “reconocimiento del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población”<sup>4</sup>.

Señaló el mismo artículo que su fin es el de “promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal”. Agregó que podrán acceder a este beneficio “las personas naturales o jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y entidades territoriales, que mediante contrato celebrado para el efecto con las entidades competentes para la administración y manejo de los recursos naturales y renovables y del ambiente, se comprometan a cumplir un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal”, en los términos y condiciones señalados en la misma ley.

La política de cultivos forestales con fines comerciales, de especies introducidas o autóctonas, quedó en cabeza del Ministerio de Agricultura con base en la Política Nacional Ambiental y de Recursos Naturales Renovables que establezca la autoridad ambiental (Art. 2). Así, el artículo 3º de la Ley en comento, definió la naturaleza del Certificado de Incentivo Forestal como un “documento otorgado por la entidad competente para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, que da derecho a la persona beneficiaria a obtener directamente al momento de su presentación, por una sola vez y en las fechas,

4 Cfr. Ley 139 de 1994. Artículo 1º.



*términos y condiciones que específicamente se determinen, las sumas de dinero que se fijen conforme al artículo siguiente<sup>5</sup>, por parte de la entidad bancaria que haya sido autorizada para el efecto por Finagro. El Certificado es personal y no negociable”.*

Los recursos que se asignen para atender el otorgamiento de los certificados de incentivo forestal son administrados por Finagro, entidad a la que igualmente le corresponderá expedir en cada caso la autorización para el otorgamiento del certificado *“mediante acto en el cual se determinarán las cuantías, términos y condiciones respectivas para hacer efectivo el reembolso de las sumas suministradas en caso de incumplimiento total o parcial del contrato celebrado con la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente”* (Art. 6°).

Finalmente, el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal genera unos efectos para los beneficiarios, al tenor de lo señalado en el artículo 8° de la Ley 139 en cita:

*“Artículo 8°. Efectos del otorgamiento de certificados. El otorgamiento de certificados de incentivo forestal produce para los beneficiarios los siguientes efectos:*

*a) No tendrán derecho a los incentivos o exenciones tributarios que para la actividad forestal prevea la ley;*

*b) Solo podrán solicitar nuevamente el Certificado de Incentivo Forestal para realizar plantaciones en el mismo suelo, transcurridos 20 años después del otorgamiento de dicho certificado; salvo que por fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobado por la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, se haya perdido la plantación que fue objeto de certificado;*

*c) Por constituir un reconocimiento por parte del Estado de los beneficios ambientales que origina la reforestación, los ingresos por certificados de incentivo forestal no constituyen renta gravable”.*

## 2.2. El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF)

El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal hace parte de las obligaciones incluidas en el contrato, y corresponde al instrumento idóneo para desarrollar el objeto de la creación del CIF, esto es, el reconocimiento de las externalidades positivas de la reforestación. Por otra parte,

5 *“Artículo 4°. Cuantía. El Certificado de Incentivo Forestal tendrá una cuantía hasta:*

*a) El setenta y cinco por ciento (75%) de los costos totales netos de establecimiento de plantaciones con especies autóctonas, o al cincuenta por ciento (50%) de los correspondientes a plantaciones con especies introducidas, siempre y cuando se trate de plantaciones con densidades superiores a 1.000 árboles por hectárea. Cuando la densidad sea inferior a esta cifra, sin que sea menor a cincuenta árboles por hectárea, el valor se determinará proporcional por árbol;*

*b) El cincuenta por ciento (50%) de los costos totales netos de mantenimiento en que se incurra desde el segundo año hasta el quinto año después de efectuada la plantación, cualquiera que sea el tipo de especie;*

*c) El setenta y cinco por ciento (75%) de los costos totales en que se incurra durante los primeros cinco años correspondientes al mantenimiento de las áreas de bosque natural que se encuentren dentro de un plan de establecimiento y manejo forestal.*

**Parágrafo 1°.** Para los fines de este artículo, el Ministerio de Agricultura determinará cuales especies forestales se consideran autóctonas o introducidas, y señalará el 31 de octubre de cada año el valor promedio nacional de los costos totales netos de establecimiento y mantenimiento de las mismas y fijará el incentivo por árbol, para lo cual podrá tener en cuenta diferencias de carácter regional, así como la asesoría por parte de las empresas y agremiaciones del sector forestal nacional. Cuando el Ministerio no señale tales valores en la fecha indicada, regirán los establecidos para el año inmediatamente anterior, incrementados en un porcentaje equivalente al incremento del índice de precios al productor durante el respectivo período anual.

**Parágrafo 2°.** Para efectos de la presente Ley, aquellas especies introducidas que tengan probada su capacidad de poblar y conservar suelos y de regular aguas podrán ser clasificadas como autóctonas”.

el Decreto 1824 de 1994 estipula que la modificación del Plan solo podrá realizarse previa solicitud del reforestador a la entidad contratante y aprobada también por escrito por la entidad encargada de la administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente:

Los artículos 20 y 21 del mencionado Decreto 1824 de 1994, establecen el contenido de los Planes de Establecimiento y Manejo Forestal:

*“Artículo 20. Contenido de los Planes de Establecimiento y Manejo Forestal. El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal contendrá, como mínimo, la siguiente información:*

*a) Individualización del inmueble sobre el cual se va a adelantar el proyecto, indicando su ubicación, su alinderación y extensión;*

*b) Cuando el peticionario obre como arrendatario, deberá aportar el contrato de arrendamiento correspondiente;*

*c) Uso anterior del terreno, comprobando que los terrenos en los cuales se harán nuevas plantaciones, no están cubiertos con bosques naturales o vegetación nativa que cumpla funciones protectoras, ni lo han estado en los últimos 5 años bajo las anteriores modalidades de uso;*

*d) Condiciones biofísicas del predio, haciendo mención de las características generales de la región, morfología y calidad de los suelos, condiciones meteorológicas e hídricas, uso actual del predio, aspectos faunísticos y botánicos de interés y zonas de bosque natural;*

*e) Características del proyecto, detallando el programa de cultivo y desarrollo de la plantación, especies forestales a utilizar, forma y condiciones de laboreo, sistemas de mantenimiento, protección y recuperación de la plantación. También deberá establecerse el programa de aprovechamiento del bosque, plan de cosecha y de reposición del recurso.*

*f) Cronograma de actividades de siembra, mantenimiento y aprovechamiento del bosque y fechas previstas para el reconocimiento de los valores del CIF;*

*g) Programación financiera, con el cálculo de los costos que demande el proyecto, fuentes de financiación, si las hubiese y programa de flujo de fondos.*

**Parágrafo.***El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal solo podrá ser modificado previa solicitud escrita del reforestador, aprobada también por escrito por la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.* (Negritas de la Sala).

**Artículo 21.***Prueba de estado de los suelos donde se desarrollará el proyecto. Para acreditar que los suelos en los que se harán las nuevas plantaciones no se encuentran ni lo han estado en los últimos cinco (5) años, con bosques naturales, se deberán presentar fotografías aéreas del área donde se encuentre ubicado el proyecto.*

*En caso de que se demuestre la inexistencia de fotografías aéreas en el área donde se ubicará el proyecto de reforestación, se solicitará a la entidad encargada del manejo y administración*

*de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, inspección ocular la cual correrá por cuenta del interesado”.*

Las especificaciones de los Planes de Establecimiento y Manejo Forestal son de contenido técnico, salvo el párrafo del artículo 20 relacionado con el procedimiento para la modificación del referido Plan.

### 2.3. Estado de la cuestión

En síntesis, el Certificado de Incentivo Forestal es el reconocimiento del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población, con el fin de promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal. Para su expedición es necesaria: (i) la aprobación de un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, (ii) la demostración de que las plantaciones se realizarán en suelos de aptitud forestal, (iii) acreditar que los suelos en que se harán las nuevas plantaciones no se encuentran, ni lo han estado en los últimos cinco años, con bosques naturales, (iv) presentar los documentos que comprueben que el beneficiario del incentivo es propietario o arrendatario del suelo en el cual se va a efectuar la plantación, (v) la autorización expedida por Finagro, a solicitud de la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, para el otorgamiento del correspondiente Certificado de Incentivo Forestal, y (vi) **la celebración de un contrato entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente**, en el cual, además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en las normas vigentes sobre contratación estatal.

El contrato era al mismo tiempo un requisito para la obtención del CIF con todos los beneficios que ello implica, y un instrumento que formalizaba las obligaciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, pues a su vez, el Plan debía estar aprobado por la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

Además, como lo señala el párrafo del artículo 20 del Decreto 1824 de 1994, **el Plan solo puede ser modificado por solicitud escrita del reforestador y aprobada también por escrito por la entidad estatal competente.**

## 3. El régimen jurídico del contrato estatal

### 3.1. El requisito del contrato estatal para la obtención del CIF y su sujeción estricta al PEMF

Entre los requisitos para otorgar el Certificado de Incentivo Forestal, era necesaria la celebración de un contrato estatal como una de las condiciones mencionadas en el artículo 5° de la Ley 139 de 1994, así:

*“Artículo 5º. Condiciones para el otorgamiento. Son condiciones para el otorgamiento de certificados de incentivo forestal, las siguientes:*

*1. La aprobación de un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, por parte de la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.*

*2. La demostración de que las plantaciones se realizarán en suelos de aptitud forestal, entendiéndose por tales las áreas que determine para el efecto la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, quien podrá tomar como base el mapa indicativo de zonificación de áreas forestales elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC).*

*3. Acreditar que los suelos en que se harán las nuevas plantaciones no se encuentran, ni lo han estado en los últimos cinco años, con bosques naturales, de acuerdo con los sistemas probatorios que defina el reglamento.*

*4. Presentar los documentos que comprueben que el beneficiario del incentivo es propietario o arrendatario del suelo en el cual se va a efectuar la plantación. Cuando se trate de un arrendatario, el contrato respectivo debe incluir como objeto del mismo, el desarrollo del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal que debe someterse a aprobación, y su término deberá ser igual al necesario para el cumplimiento del Plan. Una vez otorgado el Certificado de Incentivo Forestal, el término del contrato de arrendamiento no podrá rescindirse por la persona o personas que sucedan, a cualquier título, al propietario que lo haya celebrado.*

*5. Autorización expedida por Finagro, a solicitud de la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, para el otorgamiento del correspondiente Certificado de Incentivo Forestal, en la cual se deberá establecer la cuantía y demás condiciones del mismo.*

*6. Celebración de un contrato entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en el cual, además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en el Decreto 222 de 1983 o en las disposiciones legales que los sustituyan, modifiquen o reformen. Se pactará en el contrato que, como consecuencia del incumplimiento del mismo declarada por la entidad respectiva, se podrá exigir el reembolso total o parcial, según sea el caso, de las sumas recibidas con fundamento en el Certificado otorgado.*

**Parágrafo.***La evaluación, verificación de campo, seguimiento y control del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal y del contrato, corresponderá a la respectiva entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, la cual podrá delegar total o parcialmente tales funciones en otras entidades públicas o privadas”. (Negrillas de la Sala).*

A su vez, el Decreto 1824 de 1994 reglamentó el contenido del contrato así:

*“Artículo 23. Contenido del contrato. El contrato contendrá, además de las estipulaciones generales de los contratos administrativos, las siguientes:*

*1º. La mención de si el titular del proyecto es propietario o arrendatario del predio.*

*2º. El compromiso de adelantar el proyecto de reforestación en los términos y condiciones aprobados en el PEMF y la indivisibilidad de las obligaciones*

*3º. La estipulación expresa de perder el derecho al incentivo forestal en caso del incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones contractuales fijando los plazos de devolución de los valores recibidos, corregidos en su poder adquisitivo según el índice de aumento de precios al consumidor y con el reconocimiento del interés mensual equivalente al que reconocen las entidades financieras por los depósitos a término (DTF) más cinco puntos.*

*4º. El monto de las multas y de la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento y la forma de hacer efectivos los recaudos de las sumas adeudadas a la entidad.*

*Parágrafo. No podrá exonerarse de las estipulaciones de que trata este artículo a ninguna entidad de derecho público que pretenda beneficiarse del incentivo forestal por sus proyectos de reforestación”. (Subrayas de la Sala).*

Por su parte, el artículo 22 del Decreto en cita reitera que **el Plan hace parte de las obligaciones del contrato para obtener el Certificado de Incentivo Forestal:**

*“Artículo 22. El contrato de ejecución del proyecto de reforestación. Los beneficiarios del incentivo forestal celebrarán un contrato con la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, por el cual se obliguen a adelantar el proyecto de reforestación **con estricta sujeción al PEMF.** (Negritas de la Sala).*

*Las obligaciones emanadas del contrato son indivisibles, en los términos del Título X del Libro 4º del Código Civil”.*

Del ordenamiento jurídico citado pueden extraerse las siguientes conclusiones relacionadas con el tema consultado:

De acuerdo con las normas citadas, el contrato era uno de los requisitos que exigía la ley para otorgar el Certificado de Incentivo Forestal y se celebraba entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad que administra y maneja los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

Por lo tanto, las obligaciones del contratista y las cláusulas del contrato tienen su origen inicial en la Ley 139 de 1994, en la Ley 80 de 1993 y en las demás cláusulas del contrato estatal.

En las condiciones contractuales aplicables y obligatorias para las partes, se encuentran las consagradas en el ordenamiento jurídico citado independientemente de si fueron estipuladas en cada contrato, las cuales, por lo tanto, son de obligatoria observancia.

El régimen del contrato estatal para la obtención del CIF es reiterativo en señalar que el contratista debe cumplir las obligaciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, el cual hace parte de las obligaciones del contrato, como requisito necesario para obtener el CIF. Además, el artículo 22 del Decreto Reglamentario, consagra que la ejecución del contrato para el proyecto de reforestación debe adelantarse **“con estricta sujeción al PEMF”**.

En forma expresa el Decreto 1824 de 1994 estipula que el PEMF **solo podrá ser modificado previa solicitud escrita del reforestador y aprobación por escrito por la entidad estatal**. Finalmente se señala la importante labor de supervisión que le corresponde a esta entidad para la evaluación, verificación de campo, seguimiento y control del Plan, con el objetivo de asegurar el fin del contrato.

Respecto de la modificación del contrato estatal, ante la ausencia de norma legal especial, resulta aplicable el régimen general del Estatuto de Contratación pues, además, se consagra expresamente que estos contratos estaban regulados por la Ley 80 de 1993 y normas posteriores.

Por tal razón, la Sala estudiará el poder de dirección general del contrato que debe ejercer la entidad estatal, y entre sus instrumentos de dirección, los relacionados con la supervisión e interventoría del contrato. Asimismo el régimen legal aplicable a las modificaciones contractuales.

La Sala no encuentra que en el presente caso, conforme a los supuestos de hecho presentados, se presente la institución relacionada con la ecuación financiera del contrato, pues no se observan los requisitos señalados por la ley y por la doctrina<sup>6</sup>.

### 3.2. La dirección general del contrato a cargo de la entidad estatal

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, consagra el mandato de dirección general del contrato por parte de la entidad estatal, encaminada a cumplir su finalidad, esto es, la satisfacción de la necesidad de servicio público que motivó su celebración. Por ello, las entidades estatales:

*“1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los*

6 Si bien se alude, en algunos contratos, a la existencia de circunstancias no previstas, que llevaron, al parecer, a algunos de los contratistas a modificar su objeto o sus obligaciones, no se observa la existencia del álea anormal económico y extraordinario, que no hubiera podido ser razonablemente previsto por las partes (alternativas de especies o alteración de la cantidad inicial de hectáreas) y que hubieran causado una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación del contrato, hasta el punto de causar el desequilibrio de su ecuación financiera. Según los supuestos de hecho, se presentaron situaciones que determinaron o hicieron más conveniente sustituir una especie por otra, efectuar cambios en la cantidad de hectáreas establecidas por especie y redistribuir el número de hectáreas por especie. Por ende, la sola existencia de razones de utilidad, o aun de necesidad, para modificar el objeto y las obligaciones pactadas, por circunstancias no previstas, que pudieron y debieron preverse, no permiten afirmar la existencia de un desequilibrio económico del contrato.

*documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”.*

La dirección general del contrato comprende la facultad y el deber de ejercer el control y vigilancia de su ejecución, y de realizar las actuaciones preventivas necesarias para que se cumpla su finalidad y objeto. Para ello, las entidades estatales podrán ejercer las facultades excepcionales consagradas en la Ley, o acordar con el contratista las modificaciones que resulten necesarias.

La justificación de este poder radica en el hecho de que la Administración no puede legalmente desentenderse de su ejecución y, por ende, su competencia es irrenunciable y obligatoriamente ejercida, mediante instrucciones, acuerdos o sanciones. A la entidad estatal le interesa primordialmente el fin último del contrato, y asegurar su cumplimiento.<sup>7</sup> Así, debe asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación del servicio público a su cargo, con el fin de evitar su paralización y su afectación grave, lo cual la obliga a controlar y vigilar su ejecución y, si es el caso, a introducir las modificaciones necesarias que demande el servicio.

La dirección general del contrato a cargo de la entidad estatal comprende el ejercicio de sus facultades excepcionales para orientarlo al cumplimiento de su finalidad y, en este marco, el contratista cumple un deber de colaboración en el cometido de la función social.<sup>8</sup>

Entre las facultades excepcionales de la entidad se encuentra la de modificación unilateral. Sin embargo el ejercicio de este *ius variandi* está supeditado al exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante. Por lo tanto, razones de conveniencia o de simple utilidad no pueden ser el sustento para realizar estas modificaciones, pues no están consagradas en la ley para el ejercicio de este poder unilateral.

Sería contrario al ordenamiento legal atribuir esta dirección al contratista, o dejar a su arbitrio las decisiones sobre el mejor cumplimiento del contrato, y sobre las modificaciones, con independencia del resultado final. El régimen especial de los contratos estatales consultados muestra que esa dirección se encuentra en cabeza de la entidad estatal, y que cualquier modificación al PEMF y al contrato debía ser aprobado previamente y por escrito.

Por otra parte, este poder de dirección se ejerce desde la etapa precontractual, con la elaboración del pliego de condiciones o, como en el presente caso, con el contenido mínimo de la solicitud y declaración de elegibilidad<sup>9</sup>, para establecer las reglas que determinarán el contenido del contrato y su ejecución, que resultan vinculantes y obligatorias para las partes.

7 Cfr. García de Enterría y Fernández. Curso de Derecho Administrativo 1. Décimo Sexta Edición. Civitas. Thompson Reuters. Págs. 785-791.

8 **Artículo 3º.** De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

9 Decreto 1824 de 1994, artículos 9 y 10. Solicitud de elegibilidad y formulario de solicitud. En esta última norma se consagra que la solicitud debe contener como mínimo, entre otros requisitos, el área del proyecto y especies a utilizar. Con fundamento en esta solicitud y en su procedencia la entidad comunica al peticionario la elegibilidad de su proyecto, según el artículo 15.

Asimismo, desconocería que el pliego de condiciones o su documento equivalente para la elegibilidad del particular (regulado en el decreto), y el contrato, fruto de aquel (y su contenido obligatorio consagrado en el Decreto 1824 de 1994)<sup>10</sup>, son ley para las partes, quienes no pueden alterarlos o modificarlos, pues prolongan sus efectos y carácter vinculante durante la ejecución del contrato, hasta el punto de que prevalecen sobre este último.<sup>11</sup>

De este modo, puede afirmarse que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales.

Por lo tanto, una modificación necesaria del contrato, surgida por iniciativa del contratista, del interventor o del supervisor, debe ser aprobada por la entidad que ejerce su dirección general, y cumplir, en forma previa, las mismas formalidades de solemnidad del contrato principal.<sup>12</sup>

Si bien el objeto del contrato debe corresponder a la prestación requerida por la Administración para cumplir la finalidad de interés general, el contrato no se limita a la cláusula de objeto, sino que comprende también las demás estipulaciones convenidas por las partes o surgidas del régimen legal aplicable y, por ende, su obligatoriedad se predica del cumplimiento de todas las obligaciones pactadas.

Ante estas circunstancias, es deber de la entidad estatal y de su interventoría o supervisión, ejercer el control y vigilancia que le ordena la ley, y, en caso dado, cumplir las formalidades necesarias para adecuar el contrato al fin buscado.

Lo anterior no significa la intangibilidad del contrato estatal, pues su finalidad de interés general debe prevalecer y permitir la mutabilidad de su contenido.

Esa es una de las razones que justifican el poder de dirección general, y en especial, de modificación unilateral en los términos del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, o la posibilidad de modificación de mutuo acuerdo.

### 3.3. La interventoría y la supervisión del contrato estatal

Corresponde a la entidad cumplir su función de vigilancia y control de la ejecución del contrato<sup>13</sup>, mediante interventoría externa o supervisión interna, según lo determine la Ley. Así lo dispone expresamente el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 citada:

***“Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente***

10 El artículo 22 del Decreto 1824 de 1994, que consagra las normas especiales aplicables a estos contratos estatales, señala que el PEMF hace parte de las obligaciones del contrato y que los contratistas beneficiarios del incentivo forestal celebrarán un contrato por el cual se obligan a adelantar el proyecto con estricta sujeción al PEMF. Asimismo la solicitud informa que no podían modificarse las condiciones pactadas sin autorización previa de la entidad (pág. 3).

11 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 2010. Exp. 15.666 y Sección Tercera. Sentencia del 19 de enero de 2004. Exp. 10.779.

12 Cfr. Artículo 41, Ley 80 de 1993.

13 Ley 80 de 1993. Artículo 14, en consonancia con el artículo 3º



**la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.**

*La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.*

*La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen” (...) (Negrillas de la Sala)*

La vigilancia de la entidad sobre la ejecución del contrato debe ser permanente, oportuna, eficaz, y puede ser ejercida por la misma entidad cuando no se necesiten conocimientos especializados en la materia. Las facultades y deberes de los supervisores e interventores, según el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, son:

**“Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores.***La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

**Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.**

**Parágrafo 1°.** *El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 quedará así: No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.*

**Parágrafo 2°.** *Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8°, numeral 1, con el siguiente literal:*

*k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente”.*(Negrillas de la Sala).

La Ley establece una obligación esencial de responsabilidad del interventor o supervisor, relacionada con el deber de información respecto del contrato principal, especialmente frente a tres situaciones: i) los incumplimientos del contrato, ii) las circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, y iii) aquellas que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, hasta el punto que su pretermisión se tipifica como falta gravísima y como causal de inhabilidad para contratar. Además se genera una responsabilidad solidaria del interventor con el contratista por los perjuicios causados a la entidad ante la omisión de la información sobre el incumplimiento del contrato vigilado o principal<sup>14</sup>.

Como se observa, el interventor o supervisor tiene el deber legal –y soporta las graves consecuencias legales de su omisión–, de informar con la debida anticipación a la entidad estatal de aquellas circunstancias que afecten la ejecución del contrato, de tal manera que no deberían presentarse situaciones en las cuales el contratista lo ejecute en sentido diverso o desatendiendo el tenor literal del contrato, modifique unilateralmente la prestación pactada, y la entidad estatal solo sea informada de esta situación, frente a hechos cumplidos, no autorizados previamente, ni legalizados.

La función de interventoría y de supervisión comprende la de vigilar que el contratista ejecute la prestación en los términos pactados, y cuando no sea posible, por circunstancias imprevisibles o sobrevinientes que pongan en riesgo su finalidad, informar a la entidad y proponer las medidas que conjuren estas situaciones.

La función esencial de la interventoría o de la supervisión tiene entre sus objetivos precaver que el contratista pueda a su arbitrio realizar modificaciones unilaterales a lo pactado en el contrato, puesto que es función de la interventoría o de la supervisión, según el caso, informar y presentar, en forma previa, soluciones para modificarlo oportunamente y para evitar que se presenten cambios no autorizados. Tampoco es viable jurídicamente en el ordenamiento nacional realizar modificaciones de hecho que no estén amparadas previamente en un contrato, así exista acuerdo verbal entre las partes, dados los requisitos establecidos por el Estatuto Contractual para la existencia y perfeccionamiento de un contrato estatal, principal o accesorio, regulado por la Ley 80 de 1993<sup>15</sup>.

No resulta acorde a derecho que el contratista pueda a su arbitrio realizar modificaciones unilaterales a lo pactado en el contrato, y es función de la interventoría o de la supervisión, según el caso, informar y presentar en forma previa, soluciones para modificarlo oportunamente y para evitar que se presenten cambios de hecho a lo pactado.

### **3.4. La modificación de los contratos estatales**

Más allá de la cláusula excepcional de modificación unilateral y los límites cuantitativos para el contrato adicional<sup>16</sup>, no existe un desarrollo legal o reglamentario sobre las reglas aplicables a la modificación del contrato estatal.

---

14 Cfr. Ley 1474 de 2011. Artículo 34. Parágrafo 3°.

15 Ley 80 de 1993. Artículo 41.

16 Cfr. Ley 80 de 1993. Artículo 40 parágrafo y Ley 1474 de 2011. Artículo 85.

Al no existir una regulación expresa sobre la modificación de los contratos estatales -en el ejercicio del “*ius variandi*” o surgido por mutuo acuerdo-, han sido los aportes de la jurisprudencia, de la función consultiva del Consejo de Estado y de la doctrina comparada, los que han permitido estructurar los límites y requisitos de la modificación que deben ser respetados por la entidad contratante, en especial cuando el contrato está precedido de un proceso de selección o de elegibilidad.

Para el efecto, la Sala procede a sistematizar y clasificar los requisitos y límites jurídicos que debe tener en cuenta la entidad estatal cuando pretenda alterar el pacto inicial.

### 3.4.1. La modificación del contrato estatal, según su origen

La modificación del contrato puede surgir por el ejercicio del poder unilateral de la Administración, o por acuerdo entre las partes.

#### a) El “*ius variandi*” de la Administración

Entre los medios que puede utilizar la entidad estatal para el cumplimiento del objeto contractual, se encuentra su prerrogativa para introducir modificaciones a lo pactado, dentro del marco de su facultad de dirección general del contrato. El artículo 16 de la Ley 80 faculta a las entidades contratantes a modificar los contratos, de común acuerdo o de forma unilateral, cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado.

Con razón se señala que “... *la inmutabilidad del contrato no es una inmutabilidad del contenido, sino del fin, que prima en todo caso sobre aquel*”.<sup>17</sup> Este poder de modificación unilateral del contrato afecta uno de los presupuestos básicos de la institución contractual, el *pacta sunt servanda*, y la regla de que el contrato es ley para las partes, sustentado en los fines buscados por el contrato estatal. A propósito de esta facultad, la Sala, en Concepto del 13 de agosto de 2009, Exp.: 1952, señaló:

*“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la **posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo (...), cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado. (...)***

*Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y **los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel.** No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y*

17 Cfr. García de Enterría y Fernández. Óp. cit., pág. 791.

por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones” (negrilla fuera del texto).

La previsión legal limita esta modificación a situaciones excepcionales, “...con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo”.

Parte de la doctrina se orientó inicialmente a señalar una libertad casi absoluta en el ejercicio de esta prerrogativa, y límites como tal, estaban más referidos a los derechos del contratista y a la conservación del equilibrio financiero del contrato, hasta el punto de reconocerle la facultad de renuncia o de desistimiento del contrato.

### **b) La modificación del contrato por acuerdo entre las partes**

La modificación del contrato por mutuo acuerdo puede tener origen: i) como consecuencia del procedimiento administrativo de modificación unilateral consagrado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, con los supuestos de hecho y requisitos allí consagrados; o ii) por el acuerdo entre las partes, sin sujeción a este procedimiento.

Una interpretación textual e individualizada de la norma conduciría a afirmar que más allá de la limitación cuantitativa para el contrato adicional, no existiría restricción a la autonomía de las partes.

La Sala no considera que sea la conclusión correcta y acorde al conjunto normativo y a sus principios, pues la modificación de los contratos no corresponde a una facultad discrecional e ilimitada y, por el contrario, se encuentra sometida a límites emanados del contenido y análisis sistemático del ordenamiento jurídico.

### **3.4.2. Límites para la modificación del contrato estatal**

Los contratos podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino en sus demás estipulaciones: la forma en que se va a ejecutar, materiales más idóneos que emplear, alterando las especificaciones técnicas previstas para la prestación, la forma de pago, su duración, y aún su naturaleza. Lo anterior, pone en cuestión si una vez perfeccionado el contrato, la Administración o las partes tendrían plena libertad de configuración para alterar lo pactado, o si está sometido a límites o restricciones<sup>18</sup> que obligarían a revisar los criterios esbozados por las fuentes del derecho.

En una primera etapa, parte de la doctrina había propugnado por señalar la imposibilidad de establecer límites a este poder singular contenido en el “*ius variandi*”, y por ende, a la obligación del contratista de aceptar y cumplir la modificación.

Al fin y al cabo, no se justificaría que se ejecutara una prestación de obra, bien o servicio, ineficaz o totalmente contraria a la necesidad insatisfecha de la Administración, salvo limitaciones de índole formal, o surgidas de la facultad de desistimiento del contratista.

<sup>18</sup> El Estatuto de Contratación no menciona los contratos modificatorios y solo alude a la limitación del contrato adicional.

El fundamento de esta interpretación se consideraba consonante con el fin de interés público del contrato, y no tendría límites en su facultad de modificación<sup>19</sup>, siempre y cuando atendiera al cumplimiento de su objetivo. Las restricciones estaban relacionadas con la conservación de la equivalencia económica de los derechos del contratista, dentro de los límites legales.

En una segunda etapa, se reitera la importancia de la facultad de adecuar el contrato a nuevas necesidades del servicio, pero armonizada con la necesidad de respetar los principios de la contratación y del proceso de selección.

### **a) La preservación de los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia durante la fase de ejecución del contrato**

La jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera, han señalado la existencia de restricciones de orden jurídico a la posibilidad de modificar los contratos, dentro del marco del principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, y orientada principalmente a preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad.

En este orden de ideas, parece surgir una tensión entre las facultades otorgadas a la Administración para orientar el contrato al fin de interés público -inherente al servicio público a su cargo-, y los derechos de los licitadores o interesados en un proceso de selección para que se respete el contenido inicial, propio del principio de igualdad y del derecho a la competencia<sup>20</sup>. Si este fuera el planteamiento, no habría duda que debería prevalecer el primero. Al fin y al cabo, el derecho a la competencia es el medio más idóneo, -y no un fin en sí mismo-, para garantizar el bienestar de la comunidad.

No obstante, las dos finalidades y derechos en realidad atienden al mismo objetivo: obtener en régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida. De esta forma, la Administración al celebrar sus contratos, y los particulares al colaborar con ella, y cumplir una función social que implica obligaciones, satisfacen la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

En la medida en que se preserven estos principios y se garantice un proceso de competencia como la fórmula adecuada y necesaria para una selección objetiva de la oferta más favorable, se salvaguarda el mismo fin de interés público.

Desde la otra perspectiva, otorgar una libertad absoluta en la modificación de los contratos, no permite asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público, en especial si dicha modificación no estuvo sometida a competencia y concurrencia múltiple, y tampoco a un control estricto de legalidad, ante la ausencia de una legislación expresa sobre la materia.

Además se pretende evitar que en forma indebida se rentabilice el contrato para el contratista que ha ofrecido precios bajos, o abolir prácticas corruptas para modificar el contrato

<sup>19</sup> Cfr. García de Enterría y Fernández. Óp. cit., pág. 787-788. En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. Rad. 1952.

<sup>20</sup> La referencia a los conceptos de licitación o licitadores, comprende los demás procesos de selección objetiva. Cfr. Ley 1150 de 2007. Art. 1°.

en términos que pueden no ser comparables con lo inicialmente pactado, y como una burla a los principios de la contratación y de la función administrativa<sup>21</sup>. La Sala llama la atención sobre el abuso y proceder ilegal en la modificación de los contratos estatales, en el sentido de que se adopten las medidas necesarias para erradicar estas prácticas administrativas en nuestro país.

La aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

La importancia de respetar estos principios en la ejecución del contrato hace imperativo indagar bajo qué postulados podría presentarse su vulneración, o cuándo resultaría procedente su modificación.

La Sala procede a clasificar las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un contrato estatal derivadas de una interpretación sistemática de las reglas y principios del Estatuto y de la función administrativa. Para el efecto, se referirá a los límites de orden temporal, formal y material. Como advertencia previa, esta Sala considera que la regla general que debe cumplir la entidad estatal corresponde a la inalterabilidad del contrato y, por ende, su modificación tendrá carácter de excepcional y será de interpretación restrictiva.

## **b) Clases de límites para la modificación de los contratos**

### **i) Límites de orden temporal**

#### **– Relacionados con la vigencia del contrato**

La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado. La Sección Tercera del Consejo de Estado, a propósito de la necesidad de pacto expreso para prolongar el plazo, señaló:

*“... se pone de presente la necesidad de pacto expreso para prolongar el plazo de ejecución, sin que en ningún momento ello pueda suplirse por la conducta de las partes, con mayor razón del comportamiento unilateral de una de ellas<sup>22</sup>”*

21 En el primer Informe de lucha contra la corrupción de la UE. Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final, citado por Isabel Gallego Córcoles en La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas sobre Contratación Pública. Cfr. Isabel Gallego Córcoles. X Congreso AEPDA en [www.aepda.es](http://www.aepda.es). Pág. 3., se afirma que un 69% de las empresas españolas manifestaron que una de las prácticas corruptas más extendidas en los procedimientos de contratación pública son las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato. En el análisis de las Directivas de 2014 de la Unión Europea y de las sentencias del Tribunal de Justicia, se seguirán, entre otras, las pautas de este documento.

22 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de julio de 2014. Exp. 21184.

Por consiguiente, en cuanto a la “*ratione temporis*” para celebrar un contrato adicional, en aplicación a este criterio, solo sería viable jurídicamente mientras se encuentre vigente el contrato principal, entendido por la Sección Tercera como la vigencia del plazo para la ejecución del contrato.<sup>23</sup>

### - La prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas

La Corte Constitucional ha señalado que las prórrogas sucesivas, indefinidas, y las prórrogas automáticas son contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia, pues restringe la facultad de particulares para concurrir en condiciones de igualdad a un proceso de contratación adelantado por la entidad estatal, tesis también sostenida por el Consejo de Estado.<sup>24</sup>

## ii) Límites de orden formal

### - La solemnidad del contrato de modificación

El contrato celebrado por la Administración con los particulares, salvo disposición legal en contrario, es de carácter solemne y por lo tanto, se requiere que se eleve a escrito el acuerdo de voluntades. Su ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico y del nacimiento de los efectos pretendidos por las partes<sup>25</sup> ante lo cual, no resulta viable para el contratista exigir o reclamar reconocimiento económico alguno de carácter contractual, que no esté amparado en la existencia del contrato escrito, como requisito “*ad substantiam actus*”.

De conformidad con los artículos 30 y 40 de la Ley 80 de 1993, el simple consentimiento de las partes no es suficiente para perfeccionar la modificación de un contrato estatal, pues siendo el contrato principal de carácter solemne, lo serán los contratos modificatorios o adicionales. La modificación de los contratos, bien sea para adicionar obras, bienes o servicios, prorrogar el plazo o alterar la forma de su ejecución, debe constar por escrito y haber sido suscrita por las partes, para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Así lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“De conformidad con las normas transcritas (artículos 39 y 41 Ley 80), respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero. El artículo 1602 del Cód-*

23 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17031.

24 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de Febrero del 2009. Exp 7345. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Diciembre del 2006. Exp 15239.dd?=#Oz!+p Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de Febrero del 2009. M.P Mauricio González Trujillo. Finalidad evadir el proceso de selección.

25 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Exp. 16211. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia SU del 19 de noviembre de 2012. Exp. 24897. En esta fallo se advierte que la acción *in rem verso* no puede ser invocada para reclamar el pago de obras, bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal, teniendo en cuenta que esta acción requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer una norma imperativa.

*go Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario”<sup>26</sup> (Negritillas de la Sala).*

Respecto de la modificación del plazo del contrato, en el mismo sentido, la Sección Tercera se ha pronunciado sobre la necesidad de suscribir en forma previa un contrato adicional, como un imperativo legal concordante con los principios de responsabilidad, economía y planeación que rigen la actividad contractual de las entidades públicas de cualquier orden, y que se justifica por razones de seguridad jurídica presupuestal.<sup>27</sup>

En consonancia con lo anterior, esta Sala advierte la imposibilidad legal de reconocer por la vía contractual situaciones de hecho surgidas del mal denominado “contrato realidad”, pues el requisito del contrato escrito está consagrado en la Ley 80 de 1993, para el contrato principal y para sus modificatorios.

Si las modificaciones del contrato no cumplen con los requisitos de ley, las obligaciones contraídas en el negocio jurídico deben atenderse a los términos pactados, y ninguna de las partes tendrá la potestad de su modificación unilateral sin el previo contrato escrito, o de exigir, con fundamento en el contrato, prestaciones o reconocimientos económicos adicionales, más allá de lo acordado y estipulado. Al respecto la Sección Tercera, señaló:

*“La Sala comienza por precisar que las obligaciones contraídas en un negocio jurídico, las partes quedan forzadas a cumplir lo pactado en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes.*

*Lo anterior no tiene por qué variarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda–, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones.”<sup>28</sup>*

*En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral–, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto<sup>29</sup>”.* (Negritillas de la Sala).

26 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero del 2010. Exp. 15596.

27 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre del 2008. Exp. 17031.

28 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de marzo de 2013. Radicación 25000-23-26-000-1999-02479-01(24089).

29 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082).



Por lo tanto, las eventuales reclamaciones contractuales que pueda presentar un particular sobre prestaciones realizadas, sin la previa modificación del mismo, están llamadas al fracaso, pues la Administración no puede reconocer situaciones de hecho u obligaciones dinerarias con cargo a un contrato que estipula obligaciones distintas<sup>30</sup>.

### **- La motivación y justificación de la modificación**

El expediente de contratación y la actuación administrativa inicial que comprende los estudios previos, el análisis de riesgos y el presupuesto oficial o estimativo de costos necesario para la modificación del contrato, deberán dar cuenta de las razones de interés público que hacen necesario afectar lo inicialmente pactado. Como regla general, las mismas razones del deber de planeación para el contrato inicial se imponen como requisito previo del contrato modificadorio.

La motivación del contrato modificadorio resulta un elemento esencial que permita determinar su juridicidad, la justificación de su necesidad, su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido, en especial cuando se alteran los aspectos técnicos y financieros iniciales. Se trata de un requisito indispensable para el control de legalidad del contrato o del acto de modificación.

Por ello, la Administración tendrá la carga de la prueba sobre la existencia de la necesidad de interés público sobreviniente que impidió incorporar el cambio en el proyecto inicial, y finalmente, la no vulneración de los principios del proceso de selección.<sup>31</sup>

La modificación no es una facultad discrecional, cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad para la entidad estatal o para su contratista, ni puede servir como instrumento ilegal para mejorar o hacer más favorables las condiciones económicas del adjudicatario. A diferencia del contrato privado, solo procederá por necesidades de interés general que sustenten y justifiquen la legalidad de la modificación.

Finalmente, en el evento de los contratos adicionales, la Administración deberá cumplir, como requisito de ejecución, las normas de orden presupuestal y adecuar el registro presupuestal acorde con la variación económica que se pretende realizar, con el fin de amparar las erogaciones adicionales.

### **iii) Límites de orden material**

#### **- Límites cuantitativos**

La Ley establece un límite para los contratos adicionales, en el sentido de que no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la inter-

30 Corresponderá a la entidad estatal, en cada caso analizar las diferentes situaciones, si ellas surgen bajo el principio constitucional de buena fe en las actuaciones de su colaborador, y la procedencia de alternativas distintas al reconocimiento contractual. Al respecto, Cfr. Sentencia SU del 19 de noviembre de 2012. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 24.897.

31 Cfr. Muñoz Machado Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo IV. Iustel. 2011. Pág. 400-407.

ventoría.<sup>32</sup> En forma adicional, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han señalado algunos límites de orden material para modificar los contratos:

### - La prohibición de fraccionamiento del contrato y del objeto

El objeto no puede dividirse o fraccionarse para realizar diversos contratos que tengan como finalidad evadir el proceso de selección, independientemente de la existencia de una norma expresa, pues se estaría incurriendo en una desviación de poder y en la pretermisión de los principios del proceso de selección, en especial, de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia.

Aunque la norma de prohibición expresa fue derogada con el actual Estatuto General de Contratación,<sup>33</sup> el Consejo de Estado<sup>34</sup> ha reiterado que la prohibición se mantiene, para que no se suscriban dos o más contratos con el mismo objeto, generalmente con la finalidad de evadir el proceso de selección.

### - Límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones

No es procedente en la ejecución del contrato modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas o como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad. Si así fuera, se desconocerían los requisitos del ordenamiento jurídico, los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia<sup>35</sup>, de transparencia y de igualdad de oportunidades.

Como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, el poder de modificación de la Administración es limitado y debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente.<sup>36</sup> También ha precisado, a propósito de los efectos vinculantes del pliego de condiciones, que:

***“...la variación del objeto contractual proyectado o la modificación sustancial de los términos de referencia, vulneran los principios constitucionales y legales de transparencia al igual que orientan la función administrativa”.***<sup>37</sup> (Negrillas de la Sala).

Por ello, el alto Tribunal no ha dudado en decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando se termina ejecutando un objeto diferente al contratado y se presentan variaciones sustanciales a lo inicialmente pactado<sup>38</sup>.

32 Ley 1474 del 2011. Artículo 85.

33 La norma anterior correspondía al artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983.

34 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de Enero del 2011. Exp. 17767.

35 Sobre el principio de libertad de concurrencia, Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 2011. Rad. 1966.

36 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Exp. 18080; Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre del 2013.

37 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de junio del 2012. Exp. 23966.

38 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Exp. 25802.

En cuanto al objeto del contrato, corresponde a la prestación requerida y acordada por las partes, realmente referida al objeto de la obligación, esto es, aquello a lo cual se obliga el deudor. Designa la prestación a propósito de la cual interviene el acuerdo de voluntades. Por lo tanto, el objeto de la obligación es la prestación prometida<sup>39</sup>.

Sin embargo, el objeto no puede confundirse con el contenido del negocio jurídico. Mientras que el objeto es algo externo al negocio, y por lo tanto, constituye su presupuesto, el contenido es la materialización y esencia del acto dispositivo, el tenor de sus cláusulas, en fin, la proyección del negocio regulador de intereses<sup>40</sup>, en una palabra, “todo aquello que está dicho o escrito en el contrato”<sup>41</sup>.

En el concepto de objeto puede distinguirse el núcleo esencial previsto en el contrato, esto es, la prestación a realizar por el contratista –obras, servicios o suministros–, que corresponde a la necesidad que se pretende satisfacer y los elementos accesorios que precisan su contenido (forma y modo), como pueden ser la forma de su ejecución, los materiales y especificaciones técnicas para su cumplimiento, etc.<sup>42</sup>.

Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del contrato, lo que siempre resulta inalterable durante todo el “*iter*” del contrato, es la modificación del núcleo esencial del objeto, pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del contrato modificatorio, por contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad. No sucede lo mismo, respecto de los elementos accesorios, los cuales podrían ser objeto de modificación con el cumplimiento de los requisitos legales.

En este sentido, el núcleo esencial del objeto se entendería incluido en el concepto de la “*naturaleza global del contrato*” que constituye un obstáculo insalvable para modificar un contrato público, como se estipula en las nuevas directivas sobre contratación pública de la Unión Europea<sup>43</sup>.

La inalterabilidad de la naturaleza global del contrato como límite a la modificación del contrato, se entiende, entre otras, cuando se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica de manera sustancial el tipo de contratación o el tipo de la concesión.<sup>44</sup>

39 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. S.V Martín Bermúdez, a la Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 18294.

40 Cfr. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones II, volumen 2, Universidad Externado de Colombia, 2015. P. 113. Para el autor: “*El objeto es el interés dispuesto, el bien, el esfuerzo, la situación, patrimonial o no, regulada mediante el ejercicio de la autonomía, en tanto que el contenido es la forma misma de la disposición en cuanto se vierte en cláusulas, términos, condiciones (Verbindungen) generales o particulares (Accidentalia negotii), sean las frases en que se descompone la declaración, sean los temas que se desprenden de la omisión, o el comportamiento, en fin, la redacción que corresponde a la actividad del sujeto o de los varios sujetos que intervienen*”. En cita de Betti, *Negozio giuridico* en *Novissimo Digesto Italiano* XI, Utet, Torino, 1957. P. 210: “*Contenido es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado: su supuesto de hecho interior de regulación compromisoria, que es a la vez fórmula e idea, palabra y significado...*” P. 114.

41 Cfr. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones I, volumen 2, Universidad Externado de Colombia, 2015. P. 107.

42 Cfr. Cabello, Rodríguez María Luisa. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Bosch. Tomo II. 2009. Obra colectiva. Directores. Parejo Alfonso Luciano y Palomar Olmeda Alberto. Pág. 722-726. La convocatoria de una licitación para la construcción de un hospital con una ubicación determinada, no puede derivar en un contrato para la construcción de una escuela, porque atañe al elemento esencial. No obstante, tanto el elemento esencial, -construcción de un hospital-, como los accesorios, -forma en su ejecución y materiales-, formarán parte del objeto determinado. Pág. 723.

43 Cfr. Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE.

44 Documento del Consejo de 11266/12 de 14 de junio de 2012.

En el régimen de contratos del Sector Público del Derecho Español, en el que resulta admisible la modificación del objeto del contrato, se advierte que la modificación, “...no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”<sup>45</sup>. Esta alteración esencial, se presenta, entre otros casos, cuando se varía sustancialmente la función y características esenciales de la prestación contratada.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado los límites materiales para la modificación del pliego de condiciones, aplicable a la ejecución del contrato, en especial, el objeto, los criterios de selección entendidos como los de habilitación y de ponderación. Se trata de preservar los derechos de quienes concurren a un proceso precontractual y de respetar los principios que lo orientan y que no permiten desconocer las bases de lo inicialmente solicitado y contratado. Al respecto, señaló:

*“En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las resultas de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohijada ni por el legislador, ni por las instancias judiciales.(...) Lo expuesto cabe igualmente predicarlo de la previsión normativa contemplada en el artículo 89 del Estatuto Anticorrupción, dentro del cual, si bien se consagró con precisión un límite temporal para realizar las modificaciones a las pliegos de condiciones y/o términos de referencia, nada dijo en relación con los linderos de tipo de material o de contenido a los que en esta oportunidad se refiere la Sala. Por contera, las conclusiones aquí extraídas en cuanto a la inviabilidad de modificar de manera sustancial dichos documentos a la luz de los postulados de la Ley 80, sin duda están llamadas a incorporarse en los procedimientos de selección adelantados bajo la vigencia de la Ley 1474 de 2011”<sup>46</sup> (Negrillas de la Sala).*

En el mismo sentido:

*“En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, es evidente que las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros)”<sup>47</sup> (Negrillas de la Sala).*

45 Cfr. Ley 30 del 2007. Ley de Contratos del Sector Público, modificada por la Ley 2 del 2011 LES, en especial los artículos 92 bis; 92 ter; 92 quáter; 92 quíntos; 202; 217, para la modificación de los contratos de obras y 272, para la modificación del contrato de suministro.

46 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Exp. 3571. En el mismo sentido. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 16305; Sentencia del 30 de abril de 2012. Exp. 21571.

47 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 16.305.

Las sentencias anteriores reiteran los límites para modificar los criterios de evaluación de la propuesta y el objeto y estaría incurso en esta prohibición la modificación de una condición sustancial del proceso de selección<sup>48</sup>.

La modificación de la condición sustancial del contrato dependerá si se ha afectado la posibilidad de presentarse una mejor oferta por los otros interesados, hasta tal punto que de haberse conocido la modificación, se hubiera ampliado la oferta de licitantes o quienes concurren hubieran presentado ofertas sustancialmente distintas a las formuladas, y hubieran tenido la opción de haber presentado una mejor propuesta. Estos criterios se han planteado respecto de contratos regulados por la Ley 80 de 1993, pero resultan igualmente procedentes para los contratos estatales con regímenes especiales, teniendo en cuenta la obligatoriedad de aplicar los principios de la función administrativa y de la función fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Carta, según lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En síntesis, el Consejo de Estado ha señalado la prohibición para la Administración de modificar las condiciones sustanciales del contrato estatal y de su pliego de condiciones, incluido el objeto y los criterios habilitantes y de ponderación aplicados en el proceso de selección. Corresponderá determinar la noción de “*condiciones sustanciales del contrato*”, que debe definirse en función de cada caso en concreto, según la naturaleza del contrato y las obligaciones estipuladas. A partir de este supuesto, algunos elementos pueden precisar este concepto jurídico indeterminado.

### **3.4.3. El contenido de la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato. Excepciones.**

La jurisprudencia y la función consultiva se han referido en términos generales al impedimento para alterar las condiciones sustanciales del contrato, y a los elementos de juicio que permiten precisarlo.

En el mismo sentido, la doctrina europea ha tratado de identificar los eventos en los cuales podría predicarse una modificación de las condiciones sustanciales del contrato. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado las modificaciones de un contrato del sector público y la prohibición general cuando se introducen cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones de las partes. Las nuevas Directivas sobre Contratación Pública se han referido igualmente a las mismas, dentro del marco de las modificaciones objetivas<sup>49,50</sup>.

En el evento de efectuarse una alteración sustancial de la función y característica esencial de la prestación, se presentaría una novación de la obligación, y la necesidad de resolver o terminar el contrato, y proceder a una nueva contratación.

48 En el mismo sentido: Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012. Exp. 21.571.

49 Cfr. Directiva 2014/24 UE. Vid. Igualmente Directiva 2014/23.

50 En especial, STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99 y de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, C-454/06, en gran parte recogidas por las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE. En el primer caso, se modificó la forma de pago pactada en especie por otros productos; en el segundo caso, se refirió a la modificación de las condiciones de solvencia o de los criterios determinantes para la selección del oferente (precio y plazo de ejecución, entre otros). En este tema, se seguirá el análisis contenido en Isabel Gallego Córcoles. Op. cit.

Si bien el régimen legal y los procesos de selección de esta legislación muestran algunas diferencias con el ordenamiento nacional<sup>51</sup>, lo cual obligaría a su análisis y recepción condicionada, o por lo menos, restringida, lo cierto es que los principios que lo orientan (transparencia e igualdad) y el objetivo de interés general de la contratación pública, resultan consonantes con nuestro régimen, por lo cual pueden ser objeto de análisis y recibo, en cuanto se refieren a los límites para la modificación de los contratos, pues además de ser coincidentes con lo expuesto por la doctrina nacional, tienen el mismo objetivo de respetar los principios del proceso de selección<sup>52 53</sup>.

### A) Algunas modificaciones que afectarían las condiciones sustanciales del contrato

Entre las prohibiciones y límites para modificar un contrato estatal, se han considerado<sup>54</sup>: la modificación unilateral del sistema general de la licitación y de sus condiciones esenciales<sup>55</sup>; el precio<sup>56/57</sup>; la modalidad de pago<sup>58</sup>; condiciones sustancialmente diferentes como los requisitos de solvencia o los criterios de selección<sup>59</sup>; el plazo; el favorecimiento económico del adjudicatario<sup>60</sup>; la sustitución del contratista<sup>61</sup>; la ampliación del objeto en gran medida<sup>62</sup> y su duración y prórrogas<sup>63</sup>: Como se observa, las modificaciones efectuadas sobre los elementos esenciales que conformaron el negocio jurídico, corresponderían a una modificación de una condición sustancial del contrato, y determinarían la necesidad de un nuevo contrato, salvo circunstancias excepcionales.

51 Entre otros, el procedimiento negociado sin publicidad.

52 Los objetivos del fortalecimiento del mercado común de la Unión Europea, no resultan coincidentes con los objetivos y finalidades del Estatuto de Contratación Nacional, y aún su análisis y normatividad, tendiente a garantizar la efectiva competencia aplicable en el territorio de los países miembros, es distinta de nuestra legislación. No obstante, lo atinente a los principios de igualdad y transparencia, que orientan el proceso de selección y aplican también en la fase de ejecución del contrato, guardan plena correlación, así como lo atinente a la libertad de concurrencia, inherente al derecho de la competencia.

53 Buena parte de estas consideraciones han sido recogidas en las sentencias y pronunciamientos del Consejo de Estado.

54 Se sigue en este tema a Gallego Córcoles, Isabel. Op. cit.

55 La prohibición para la entidad de alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente y en forma posterior una de sus condiciones esenciales

56 La alteración superior al límite porcentual del precio del contrato señalado por la ley implica una modificación a una condición esencial. STJUE del 13 de enero de 2005. C-84/03

57 No cabe duda que el precio y la modalidad de pago de los productos que debían suministrarse es una condición importante del proceso de selección y del contrato, que los oferentes desconocieron al momento de formular su oferta. No obstante, la disminución de la retribución del contratista no afecta negativamente la competencia y no constituiría una modificación esencial del contrato, como pueden ser los descuentos realizados en la etapa de ejecución. Cfr. Gallego Córcoles, Isabel. Op. cit. Pág. 10-11

58 Por ende, el aumento del precio o una nueva modalidad de pago de los productos que debían suministrarse, siempre que no esté justificado, vulneran el principio de igualdad de los interesados u oferentes, al carecer de las mismas oportunidades para formular los términos de su oferta. De igual manera, contradicen el principio de transparencia y la garantía de no existir favoritismo o arbitrariedad de la entidad contratante. Se trataría de una alteración a una condición sustancial del contrato. Cfr. STJUE del 13 de enero de 2005.

59 La imposibilidad de introducir características sustancialmente diferentes a las del contrato inicial. De esta forma, las condiciones de solvencia del oferente o los criterios determinantes para seleccionar al adjudicatario, o el cambio del precio y plazo exigido, se encuentran en esta restricción. Cfr. STJUE del 19 de junio de 2008. Pressetext.

60 Se presentaría una modificación sustancial cuando se cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial y sin justificación legal.

61 En el evento de la novación subjetiva, cuando se sustituye al contratista. En este caso, la cesión del contrato incorpora limitaciones al momento de analizar si la entidad contratante la autoriza, pues se trata de un operador económico que no ha competido y comporta el riesgo de la elusión normativa y de producir el efecto de falsear la competencia en el mercado. Cfr. STJUE del 16 de febrero de 2012 y STJUE del 19 de junio de 2008. Salvo que se trate de una opción o de una facultad de revisión, prevista en el contrato principal, o de la sucesión total o parcial del contratista inicial, surgida como consecuencia de una reestructuración empresarial o de la asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal, en beneficio de los subcontratistas, siempre que esté previsto en la legislación nacional. Directiva 2014/24/UE, Artículos 71 y 72.

62 La ampliación del objeto contractual "en gran medida" constituye una modificación sustancial del contrato.

63 De igual forma, las modificaciones a la duración del contrato, pues el plazo corresponde a una condición importante del proceso de selección, especialmente en aquellos en que la prórroga aumenta la retribución económica inicial, como sucede con la concesión. Sin embargo, no toda modificación se considera una vulneración de una condición esencial del contrato, sino solo aquellas que fortalecen o favorecen la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando la competencia. El otorgamiento de prórrogas no previstas en la documentación contractual supone una modificación esencial del contrato. Cfr. STJUE. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. C-260/04.

## **B) El criterio para determinar la afectación de una condición sustancial del contrato.**

Aunque la respuesta dependerá en cada caso de la naturaleza y contenido específico del contrato y de su prestación, existirá modificación de un contenido sustancial del contrato cuando, habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada<sup>64</sup>.

A juicio de esta Sala, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado con claridad los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si se modifica una condición sustancial del contrato: las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones o del documento precontractual, entre otros, los criterios de habilitación y de ponderación de las ofertas y el objeto de la prestación. Ello es así, porque de hacerlo en los procesos precontractual o de ejecución del contrato, se desvirtuaría la selección objetiva, y el concepto de oferta más favorable.

Con el mismo criterio uniforme, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado la improcedencia de convocar, seleccionar y contratar bajo unos términos y después, durante la ejecución del contrato, modificar dichas condiciones, pues se causa perjuicio a los demás aspirantes que, probablemente de haberlas conocido, hubieran presentado propuestas en mejores condiciones que la firma elegida. Se recuerdan en este concepto los límites del poder modificatorio surgidos del principio de legalidad administrativa.<sup>65</sup>

## **C) La modificación de una condición sustancial del contrato. Las causas excepcionales**

Los límites a la modificación de los contratos tienen como objetivo el respeto del derecho a la competencia y la libertad de concurrencia y su corolario de igualdad, para obtener la oferta más favorable. Se atiende a los principios de transparencia y moralidad para evitar favorecimientos indebidos a un participante, y al cumplimiento del deber de planeación de la entidad, en cumplimiento asimismo de los principios de eficiencia y eficacia del medio contractual.

Sin embargo, la Administración puede encontrar situaciones excepcionales durante la ejecución del contrato, imposibles de prever para las partes con toda la diligencia requerida, no imputables a ellas, que determinen la necesidad de modificar el contrato inicial como única solución para satisfacer el interés público. Sería completamente injustificado frente a la existencia de circunstancias imposibles de prever, sacralizar el texto del contrato olvidando que su inmutabilidad se predica no tanto de su contenido sino del fin que prevalece. Como se ha expuesto, la Administración no puede desentenderse de la dirección del contrato y de que su ejecución no corresponda a la necesidad que lo motivó.

64 Cfr. STJUE. Sentencia de 19 de junio de 2008. C-454/06. Al respecto, Isabel Gallego Córcoles. Op. cit. Pág. 6. Asimismo en España, Ley 2 de 2011, LES, que modifica la Ley 30 de 2007. Ley de Contratos del Sector Público. Art. 92 quáter. Numeral 3. Literal e), el cual establece como una alteración de una condición esencial de la licitación y adjudicación: "e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de modificación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas".

65 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 1998. Exp. 1157.

Así, frente a circunstancias excepcionales la Administración podría usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, con el cumplimiento de los requisitos de ley. Se trataría de la excepción a la regla general de intangibilidad del contrato. La doctrina y algunos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aportan los elementos necesarios que permiten orientar a la Administración sobre esta vía excepcional y sus requisitos:

**- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato<sup>66</sup>.**

Con independencia de las razones y circunstancias imprevisibles que puedan presentarse, no es posible que el contrato mute o se transforme en un contrato sustancialmente distinto.

Si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios pactados por otros diferentes, o se modifica el tipo de contratación<sup>67</sup>, o el núcleo esencial del objeto, se presentaría una novación del negocio jurídico, y su necesaria terminación por imposibilidad jurídica de cumplir su objeto.<sup>68</sup>

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha señalado la inmodificabilidad de las cláusulas relativas a la clase y objeto del contrato, las cuales deben ser mantenidas durante toda su ejecución, so pena de desconocer los principios constitucionales de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia<sup>69</sup>:

*“En consecuencia, concluye la Sala que en el marco de la contratación estatal no resulta posible para las partes de un contrato modificar su objeto o su clase porque ello vulneraría los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, igualdad, planeación y selección objetiva, además de que desconocería las condiciones previstas en el pliego de condiciones y constituiría una transgresión a los derechos y obligaciones de los contratantes, porque no es solo el interés del Estado lo que protege el pliego, sino también los derechos y garantías de los interesados y oferentes, quienes realizan estudios y gastos en la confección de sus propuestas, por lo cual resultarían defraudados y perjudicados si luego la entidad estatal unilateralmente o con la anuencia del contratista pudiera dejar de lado sus disposiciones, condiciones y/o exigencias”.*

No hay norma alguna que habilite a la Administración Pública para modificar el objeto y clase del contrato, si se tienen en cuenta los precisos límites de la potestad de modificación unilateral<sup>70</sup>, y con mayor razón cuando se trate de una modificación de común acuerdo. Una

66 El concepto de naturaleza global del contrato, utilizado en las Directivas de 2014, y en la doctrina del TJUE no es por sí mismo indicador de su contenido, y aún de las diferencias, con las condiciones sustanciales o esenciales del contrato. Podría decirse, en una aproximación coloquial, que el concepto apunta a lo más esencial de lo sustancial, que en ningún caso puede ser modificado. De todas maneras no resulta fácil la distinción de estos conceptos.

67 Directiva 2014/24/UE considerando 109 y Directiva 2014/23/UE considerando 76.

68 La modificación de un contrato de adquisición de bienes por otro de arrendamiento; la contratación de una remodelación de obra por una nueva construcción; la construcción de un hospital en un sitio determinado, por la construcción de un centro educativo.

69 Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Exp. 27926

70 Ley 80 de 1993. Art. 16. La modificación se efectuará “... mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”.



actuación en ese sentido comportaría la violación de los derechos de los interesados que hubieran podido presentar una oferta distinta.<sup>71</sup>

*“En este orden de ideas, si no resulta posible mediante una potestad excepcional modificar el contrato en aspectos diversos a los contemplados en la norma anterior, menos aún puede hacerlo la entidad pública de común acuerdo con el contratista, porque ello vulneraría las condiciones establecidas en el pliego de condiciones, puesto que, como se indicó, sus previsiones y exigencias pasan a formar parte del contrato estatal”.*

Con criterio similar la Corte Constitucional ha considerado que no es posible la modificación del objeto, en tanto constituye un elemento de su esencia, y se requeriría un nuevo contrato, lo cual no impide que pueda ser complementado mediante la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.<sup>72</sup>

**-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas<sup>73</sup>.**

Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediato,<sup>74,75</sup> o que debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato<sup>76</sup>.

Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas.

Pueden presentarse situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, modificaciones de marcos normativos, de urbanismo, arqueológicos, del medio ambiente o de seguridad, imposibles de prever, o nuevas necesidades o circunstancias posteriores que exijan la ampliación de lo pactado<sup>77</sup> sin que además, puedan separarse de la prestación principal, o de su utilización o de aprovechamiento independiente. En estos casos, existiría el sustento legal para la modificación del contrato.

71 Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Exp. 27926: “...se provocaría un desequilibrio hacia los oferentes que no resultaron favorecidos con la adjudicación, precisamente porque si hubieran existido condiciones diferentes se habrían presentado propuestas igualmente diferentes a las que finalmente se evaluaron y no se escogieron por la entidad pública contratante”.

72 Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012. C-300/2012.

73 La existencia de circunstancias imprevistas, o de riesgo imprevisible, externas a las partes, puestas de manifiesto con posterioridad o sobrevinientes al proceso precontractual, aun aplicando toda la diligencia requerida, y la buena práctica profesional en el proceso de planeación del contrato y de los estudios previos.

74 El conocimiento de la expedición una futura regulación que altere el objeto de la prestación y el contenido del pliego de condiciones o del contrato, no constituye una circunstancia imposible de prever, bajo un concepto de razonabilidad y planeación.

75 Algunas de las causas de la modificación pueden haber sido previstas en el pliego de condiciones o en el contrato, según el caso, con las condiciones y alcance en que podrían ejecutarse y con el detalle suficiente que permita su valoración por los oferentes, sin que puedan alterarse las condiciones esenciales de proceso de selección.

76 La falta de estudios de suelos, o de los análisis y requisitos necesarios y las posteriores dificultades técnicas y mayores costos de la prestación como consecuencia de esta omisión en los estudios previos, no servirían de título suficiente para justificar una circunstancia imprevisible.

77 En un contrato de obra, para la construcción de una vía, el descubrimiento en la excavación de obras arqueológicas desconocidas, obligaría a modificar el diseño inicial, con los estudios previos y justificación, mediante el perfeccionamiento de un contrato modificatorio

En estos casos, cualquiera de los otros oferentes hubiera tenido el mismo derecho a la modificación del contrato y no se presentaría la vulneración de sus derechos, ni de los principios o por lo menos, no con la entidad suficiente que permita desatender el fin último del contrato<sup>78</sup>, previo un análisis de la finalidad perseguida, del medio legítimo y del medio adecuado que la justifique<sup>79</sup>.

Aunque se haya señalado la prevalencia del pliego de condiciones respecto del contrato, ello no obsta para que puedan presentarse razones que justifiquen alterar lo pactado, por la existencia de hechos o actos sobrevinientes, no imputables a las partes y que no vulneren los principios de la licitación, ni los derechos de las partes: Así lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>80</sup>:

*“Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferente y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato...”*

Sobre la posibilidad de efectuar modificaciones al contrato:

*“Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados a favor de la entidad y el adjudicatario”.*

La modificación del contrato debe hacer referencia a los cambios realizados sobre lo pactado y vigente, lo cual presupone que el contrato no los ha contemplado ni determinado pues en este caso, no existiría modificación sino desarrollo de las cláusulas contractuales.<sup>81 82</sup>

**-La existencia de una necesidad de servicio público que justifique la modificación, hasta el punto de conjurar la nueva necesidad**

La acreditación de estas circunstancias estará a cargo de la entidad estatal, justificada en los estudios previos y en la debida motivación del contrato modificadorio, bajo el entendido

78 Ante la existencia de una situación excepcional que haga imposible ejecutar el contrato, en las condiciones señaladas, deberá efectuarse una ponderación entre el principio de concurrencia y la consecución del interés público.

79 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015.

80 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Exp. 10779.

81 Como sucede en el contrato de obra a precio unitario, sobre la mayor o menor cantidad de obra que resulte a la terminación del contrato, sin alterar el objeto y lo inicialmente pactado. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio del 2002. Rad. 1439. Según este concepto: “Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas (...). Por lo mismo, no se trata de que exista un “cambio” o “adición” en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original”. Más adelante: “En estas circunstancias, lo procedente es, simplemente efectuar por la administración misma, sin intervención del contratista, un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato”.

82 La simple estipulación sobre futuras modificaciones contractuales no puede suponer una habilitación para realizarlas. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 2011. Rad. 1966.

que no son causadas por simple conveniencia o para su utilización abusiva con el fin de mejorar los precios contenidos en la oferta del contratista, y solo hasta el punto de conjurar la situación extraordinaria.

### **-El cumplimiento del límite cuantitativo consagrado en la ley para los contratos adicionales**

Estos límites se encuentran consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y para el contrato de consultoría cuyo objeto sea la interventoría, en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

### **-Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente**

La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial.<sup>83</sup> En este caso, razones de compatibilidad o de dificultades técnicas de uso y mantenimiento, o derivadas de la imposibilidad física o económica de separar la prestación inicial, con las ampliaciones o alteraciones surgidas por circunstancias imprevisibles, justificarían la modificación.

Finalmente, es necesario aclarar que nada impediría a la Administración, en su libertad de configuración, contemplar, en forma expresa en el contrato, las alternativas de cumplimiento de diferentes especificaciones técnicas relacionadas con la prestación asumida por el contratista, que puedan ser determinables durante la etapa de seguimiento y ejecución del contrato, que no afecten las estipulaciones pactadas, de manera que se logre el mismo resultado de externalidad positiva esperado por la Administración. Si no se contempla esta flexibilidad propia de contratos de tracto sucesivo<sup>84</sup>, es menester cumplir los requisitos legales para la modificación del contrato<sup>85</sup>.

## **4. Caso concreto**

En el caso bajo estudio se pregunta si *“cuando por razones imprevisibles al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal – PEMF y de la suscripción de un contrato de Certificado de Incentivo Forestal (tales como lo no adaptación de la especie pactadas literalmente en el contrato, bajo porcentaje de su germinación o de eventos de heladas), en la ejecución del contrato hayan sido realizados cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades*

83 Cfr. España. Ley 30 de 2007 de Contratos del Sector Público, modificada por la Ley 2 de 2011 LES. Art. 92 bis.: “La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de “... incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente”

84 En algunos contratos remitidos con la consulta se encuentra una duración de siete (7) años, y una cláusula de liquidación del contrato.

85 En las consideraciones de la consulta se plantea que a estas situaciones, sobre varias especies que podrían ser viables, podrían ser objeto de valoración y aceptación en las visitas de seguimiento sobre la ejecución del contrato, sin afectar su cuantía, y manteniendo el efecto positivo de la externalidad de la reforestación. La respuesta dependerá de la forma y contenido del contrato inicial, dada la libertad de configuración y de estructuración otorgada a la entidad estatal.

*positivas de la reforestación, sin alteración de la cuantía del contrato, ¿tal situación puede ser admisible para el Ministerio si no hubo previa información a este y modificación del PEMF y/o contrato?”*

También afirma el Ministerio que: (i) dentro del clausulado en general se pactó “...la obligación del contratista de establecer y mantener una o varias especies forestales específicas en una cantidad de hectáreas señaladas expresamente. La sumatoria de hectáreas arrojaba la totalidad del proyecto”, todo ello en atención al proyecto de reforestación incluido en el Plan de Establecimiento y Mantenimiento Forestal. (ii) que por parte del contratista, sin dar aviso a la entidad estatal, se modificaron las condiciones del contrato a causa de una serie de eventos que impidieron la previsión de la totalidad de contingencias, las cuales, de no ser atendidas y remediadas oportunamente hubieran desencadenado una afectación grave en la ejecución del mismo. (iii) que así las cosas, existió un cambio en el número de hectáreas establecidas por especie, lo que implicó el reemplazo de una por otra, sin que resultara alterado el área total del proyecto, pero que finalmente no causaron ningún perjuicio al ecosistema, sino que por el contrario se desarrollaron para generar las externalidades positivas.<sup>86</sup>

Si bien el proceso de contratación no estuvo precedido de un pliego de condiciones, las normas especiales regularon el proceso precontractual y el contenido del contrato, en especial el Decreto 1824 de 1994:

En esta norma se estipuló como requisito la “solicitud de elegibilidad”, presentada por el oferente, y el contenido mínimo del formulario de solicitud de elegibilidad a diligenciar por el interesado, el cual debía contemplar: “Área del proyecto y especies a utilizar”.<sup>87</sup>

El ordenamiento jurídico aplicable y el mismo contrato señalaban que el PEMF solo podía ser modificado previa aprobación por escrito de la entidad estatal<sup>88</sup>. Que el PEMF hacía parte de las obligaciones del contrato para obtener el CIF<sup>89</sup>, y en forma indubitable se ordena que el proyecto de reforestación debe adelantarse “**con estricta sujeción al PEMF**”.

No obstante, según el contenido de la consulta, los contratistas realizaron en forma unilateral e inconulta modificaciones a las obligaciones contenidas en el contrato, en especial a la prestación pactada, sustituyendo unas especies por otras, modificando la cantidad de hectáreas establecidas por especie, o redistribuyendo el número de hectáreas de una especie, sin la autorización previa del Ministerio, y sin que se modificara previamente el PEMF y/o el contrato. Se menciona que este proceder en general, no afectó la externalidad positiva buscada con el medio contractual.

Para la Sala, este proceder resulta contrario a las normas del Estatuto de Contratación, que requerían la solemnidad del contrato modificatorio, y en abierta contravención a lo previsto en el Decreto 1824 de 1994 para realizar el proyecto de reforestación con estricta sujeción al PEMF.

86 Entiéndanse por tales, entre otras, el control de erosión de suelo y mejoramiento de su calidad, la protección de la calidad de aguas y cauces naturales, las mejoras en el hábitat y protección de la biodiversidad, las mejoras en la calidad del aire y las mejoras estéticas del paisaje.

87 Decreto 1824 de 1994. Art. 9° y 10, numeral 5.

88 Decreto 1824. Art. 20. Parágrafo.

89 *Ibid.* Art. 22

Si bien en algunos contratos pudieron haberse logrado las externalidades positivas de la reforestación, y no se afectó el resultado,<sup>90</sup> lo cierto es que la Administración no puede abdicar de su mandato legal de dirección general del contrato, al dejar al arbitrio del contratista y a su decisión unilateral la ejecución del objeto, y la modificación de la prestación, sin cumplir su función de control y vigilancia en forma directa o mediante su supervisor o interventor.

Con este comportamiento, se estarían desconociendo los límites de orden temporal, formal y material para la modificación del contrato, surgidas del ordenamiento jurídico, como se expuso, y no resulta viable admitir situaciones de hecho como las planteadas en la consulta. De esta manera se desconoció lo pactado, pues es claro que las partes debieron cumplir el contenido integral del contrato, o en su defecto, realizar las modificaciones al mismo y al PEMF, con el cumplimiento de los requisitos legales. Asimismo debió realizar los estudios previos que justificaran el cambio de la estipulación inicial. Esta afirmación es igualmente válida con independencia de que no haya sido alterado el valor pactado, pues el vínculo y obligatoriedad del contrato no se limita a su objeto, sino a todo su contenido obligacional.

Si la Administración consideraba viable prever distintas alternativas en cuanto a las especies forestales idóneas para reforestación, o los demás cambios presentados, que no afectaban el valor del contrato y sus demás cláusulas, así debió pactarlo, máxime si los problemas de adaptación de las especies eran de una probable ocurrencia.

No se observa en los hechos descritos la razón por la cual no se estudió la viabilidad del contrato modificatorio, y el motivo que impidió su perfeccionamiento. Simplemente se menciona que al ejecutar la prestación surgieron situaciones que justificaban cambios en el pacto inicial, lo cual debió implicar su análisis previo y la suscripción del contrato modificatorio.

Ahora bien, respecto de las eventuales reclamaciones y controversias contractuales, la Sala no observa que quien procedió en forma unilateral al apartamiento del acuerdo que lo obligaba, y asumió su propio riesgo, pueda sustentar su derecho en la conducta antijurídica respecto de lo pactado en el contrato y en el Decreto 1824 de 1994, porque además lo estipulado en el contrato no resulta armónico con lo ejecutado por el contratista.

En estas circunstancias, con las formalidades establecidas en el procedimiento consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011<sup>91</sup>, o con la norma que estuviere vigente, que garantice el debido proceso y el derecho de defensa, le corresponderá a la entidad evidenciar si existió incumplimiento de las obligaciones del contratista, los hechos que lo soportan, las causales de justificación o de exoneración y demás que surjan en este procedimiento. Para ello deberá tener en cuenta las especiales situaciones de cada contrato, si se cumplió el resultado final de la prestación ejecutada o la cesación de la situación de incumplimiento, en los términos consagrados en esta norma.

En especial, la Administración deberá tener en cuenta el principio de buena fe en el cumplimiento de las prestaciones o del resultado esperado, pues como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, este principio se incorpora en los contratos estatales en virtud

90 Según el contenido de la consulta, "...sin perjuicio de las eventualidades de cada caso".

91 Procedimiento general para imponer multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento, salvo norma especial.

del precepto constitucional, y lo integra dentro de su clausulado, como generadora de obligaciones,<sup>92</sup> lo cual dependerá de la situación de cada contrato.

Además, y según el clausulado del contrato aportado al expediente, las partes deben proceder a su liquidación con el contenido señalado en el artículo 217 del Decreto 19 de 2012, el cual modifica el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, como un corte de cuentas para saber quién debe a quién y cuánto.

Finalmente, las consideraciones anteriores resultan aplicables al contenido de todas las obligaciones pactadas, no solo a la cláusula del objeto contractual, pues la vinculación que surge del contrato, como ley para las partes, no es susceptible de escindirse o limitarse a algunas cláusulas. No obstante, aún en situaciones excepcionales que obliguen a realizar cambios a las condiciones sustanciales inicialmente pactadas, no sería viable legalmente modificar el núcleo esencial del objeto, la clase del contrato o su naturaleza global.

### LA SALA RESPONDE:

*1. Cuando por razones imprevisibles al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF) y de la suscripción de un contrato de Certificado de Incentivo Forestal (tales como lo no adaptación de la especies pactadas literalmente en el contrato, bajo porcentaje de su germinación o de eventos de heladas), en la ejecución del contrato hayan sido realizados cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades positivas de la reforestación, sin alteración de la cuantía del contrato, ¿tal situación puede ser admisible para el Ministerio si no hubo previa información a este y modificación del PEMF y/o contrato?*

Para la Sala, la situación descrita en la consulta respecto de cambios unilaterales realizados por un contratista, sin la previa anuencia de la entidad estatal, y sin el perfeccionamiento del contrato modificatorio, contraviene los límites legales que se deben tener en cuenta cuando se pretenda alterar el pacto inicial, y por lo tanto no resultan admisibles a la luz del ordenamiento jurídico, independientemente del resultado obtenido, según las consideraciones expuestas.

*2. En caso de no ser admisible, ¿debe iniciarse el procedimiento administrativo o judicial para la declaratoria de incumplimiento?*

La Administración deberá realizar la ponderación de los hechos sucedidos y del contenido de cada uno de los treinta (30) contratos referidos en la consulta, para determinar, previa garantía de los derechos de contradicción y de defensa del administrado, si pueden constituir un incumplimiento a las obligaciones pactadas, de conformidad con lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, si para esa fecha la norma era aplicable, o la norma especial que estuviera vigente<sup>93</sup>, en los términos expuestos en los considerandos.

92 Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencias del 29 de septiembre de 2011. Exp. 20740. En este fallo se analiza el caso concreto respecto de si la actuación del contratista fue leal y correcta. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 15469.

93 La consulta no informa la fecha de celebración y ejecución de los contratos estatales.

*3. ¿Las anteriores respuestas aplican tanto para el caso en que el número de hectáreas por especie se determinó en la cláusula de objeto contractual, como en aquellos en los cuales el objeto contractual solo define un área total del proyecto, pero en las cláusulas de obligaciones del contratista se discriminan las cuantías por especie?*

Las anteriores consideraciones aplican para el contenido de todas las obligaciones pactadas en el contrato, el cual es ley para las partes y por ende, de obligatorio acatamiento. Se aclara que en ningún caso es posible modificar la clase, y el núcleo esencial del objeto pactado o su naturaleza global, en los términos señalados en las consideraciones expuestas en este concepto.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural 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.

## 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.

Radicado 2086

Fecha: 17/05/2012

Consejero Ponente: *Enrique José Arboleda Perdomo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 18 de mayo de 2016

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a esta Sala sobre “la viabilidad legal de suscribir un convenio de asociación entre entidades estatales y los concesionarios portuarios (personas jurídicas particulares), con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el artículo 88 de la Ley 450 de 2011, para realizar de manera conjunta la adquisición e implementación del sistema para la inspección no intrusiva de la mercancía que ingrese o salga del territorio nacional”.

### I. Antecedentes

La consulta describe cómo la implantación del sistema de inspección no intrusiva de la mercancía que ingresa al territorio nacional o que sale de este, ha sido materia de documentos Conpes y de normas legales y reglamentarias, que responden a los cambios introducidos en las políticas públicas sobre comercio exterior y administración de los puertos marítimos a partir de la ley 1ª de 1991, en el marco de las normas y prácticas internacionales, en especial las referidas a la competitividad, la eficiencia y la seguridad portuarias.

La última norma expedida en relación con la necesidad de implementar un sistema de inspección no intrusiva sobre la mercancía que entre y salga del país en los puertos marítimos, ha sido el artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, que puso en vigencia el Plan de Desarrollo 2010-2014, artículo que ordenó coordinar los esfuerzos de las diferentes autoridades que tienen funciones de control e inspección sobre la carga y los concesionarios portuarios, con el fin de implementar el sistema que permita realizar la inspección no intrusiva de la mercancía.

En relación con la forma como ha de darse cumplimiento a esta norma, el Sr. Ministro formula a la Sala de Consulta y Servicio Civil las siguientes PREGUNTAS<sup>1</sup>:

“1. *¿Es viable la celebración de un convenio de asociación con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, entre las siguientes **entidades estatales**: Ministerio de Transporte, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Puertos y Transporte, Cormagdalena, INCO, la Federación Nacional de Departamentos, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Dirección antinarcóticos de la Policía, Invima, ICA y los **Concesionarios Portuarios**: Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A., Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A., Sociedad Portuaria Regional de Barranqui-*

<sup>1</sup> En el texto de las preguntas, las negrillas y las subrayas son del original. En la primera pregunta, el texto en letra normal corresponde a la letra cursiva del original.



lla S. A., Sociedad Portuaria Palermo, Terminal de Contenedores - Contecar, Terminal de Contenedores de Buenaventura TCBUEN, Terminal Marítimo Muelles El Bosque S. A., cuyo objeto sería, “Establecer los términos de la cooperación de las entidades del sector público y las sociedades privadas vinculadas o que se vinculen con posterioridad al presente **Convenio**, para de manera conjunta contratar la adquisición e implementación de los sistemas para la inspección no intrusiva de la mercancía que ingrese o salga del territorio nacional, con base en los resultados que arroje la consultoría que se contratará para realizar el análisis de las necesidades de equipos de inspección no intrusivos que tiene el país para facilitar la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, además del comercio ilegal de armas, en cada nodo de comercio exterior” y en virtud del cual los Concesionarios Portuarios y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) realizarían aportes económicos para el desarrollo del proyecto?

“2. Teniendo en cuenta el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, establece que los convenios de asociación se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución, reglamentado por los Decretos 777 de 1992 y 1403 de 1993, ¿se debe entender que los requisitos previstos para la celebración de los contratos de “apoyo” se aplican en lo que resulte pertinente para el caso de las asociaciones?

“3. En atención al artículo 13 de la Constitución Política, ¿existe algún criterio razonable y proporcionado desde lo jurídico que a la luz del ordenamiento jurídico limite a los particulares que cumplen funciones públicas, de manera lucrativa (concesionarios), asociarse o adelantar proyectos en beneficio de la comunidad empleando para ello esquemas asociativos con las entidades públicas? ¿Es una prohibición absoluta? ¿Tiene excepciones?

“4. En el evento en que el marco jurídico del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no fuere el indicado para sacar adelante este importante negocio jurídico entre entidades estatales y particulares que cumplen funciones públicas, se pregunta: ¿Podría el proyecto ser desarrollado acudiendo a lo reglado en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que permite traer a lo público las instituciones, tipologías y principios de las disposiciones comerciales y civiles, en lo que no esté reglado en dicha Ley? En tal caso, ¿cuál sería la modalidad de selección o procedimiento jurídico tendiente a la suscripción del contrato?”

#### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

La consulta inquiriere sobre la posibilidad de celebrar un convenio de asociación entre las autoridades nacionales con funciones de inspección y control de la mercancía que entra y sale por los puertos marítimos del país, y las sociedades portuarias actuales o que se vinculen posteriormente al mismo, con el objeto de “establecer los términos de la cooperación” que permitan a quienes se asocian, “contratar de manera conjunta” la “adquisición e implementación de los sistemas para la inspección no intrusiva” con base en “la consultoría que se contratará” para identificar las necesidades en los puertos marítimos. La DIAN y las sociedades portuarias harían los aportes económicos para el proyecto.

La asociación se proyecta con aplicación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pues considera el Ministerio que consulta que las entidades estatales pueden celebrar estos convenios de asociación con toda clase de personas jurídicas de derecho privado y no exclusivamente

con personas sin ánimo de lucro. Para resolver las dos primeras preguntas es necesario analizar si es viable la celebración del acuerdo por el que se consulta en la modalidad reglada por el citado artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Adicionalmente, y para dar respuesta a las dos últimas cuestiones planteadas, cuya finalidad es la de estudiar si es factible otro tipo de acuerdo convencional o contractual, será necesario analizar las normas contractuales aplicables a este eventual negocio jurídico, y en especial la función que en este caso puede cumplir la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Antes de exponer estos dos temas, hará la Sala una breve presentación de la evolución legislativa, reglamentaria y contractual sobre la inspección no intrusiva de mercancía por las autoridades.

## A. Marco jurídico del sistema de inspección no intrusiva en la actividad portuaria

### 1. La actividad portuaria

Sin pretender abarcar la totalidad del tema del subtítulo, y para los solos efectos de este concepto, se hace un breve recuento de algunos aspectos de la evolución de la legislación sobre la actividad portuaria en nuestro país. La ley 154 de 1959 creó la empresa pública Puertos de Colombia, Colpuertos, con el objeto de que asumiera en forma monopolística la administración de los puertos marítimos y el manejo de la carga que entrara y saliera por ellos.

El Código de Comercio, expedido en 1971<sup>2</sup>, en su artículo 20, numeral 9º, incluyó, entre los actos mercantiles, “la explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes y campos de aterrizaje”. En la tipología de las entidades descentralizadas, Colpuertos fue calificada como una empresa industrial y comercial del Estado y la jurisprudencia consideró que la actividad desarrollada por ella era *mercantil por excelencia*<sup>3</sup>

Las exigencias del comercio internacional y la ineficiencia de Colpuertos impulsieron el cambio en la política pública y en la legislación sobre los puertos marítimos, y con fundamento en el artículo 32<sup>4</sup> de la Constitución entonces vigente, se expidió el “Estatuto de Puertos Marítimos”, mediante la ley 1a de 1991.

En virtud de la citada ley 1ª de 1991, el Estado desmonopolizó la actividad y los servicios portuarios, interviniéndolos para regular su prestación tanto por el Estado como por los particulares; para ello, ordenó la liquidación de Colpuertos y reglamentó tales servicios, reservando a las autoridades su “dirección general” y su “intervención para planificarla y racionalizarla”. Declaró de interés público las actividades relativas a “la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente” de los puertos marítimos; y estableció el mismo

2 Decreto ley 410 de 1971 (marzo 27), “Por el cual se expide el Código de Comercio”, D. O. 33339 de Junio 16/71.

3 Auto de marzo 18 de 1985, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Simón Rodríguez. Exp. 3867. Actor: Flota Mercante Grancolombiana: “... el artículo 20, numeral 9 del Código de Comercio tiene como acto mercantil “la explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes y campos de aterrizaje” (el subrayado no es del texto). / Así, Colpuertos despliega actividad mercantil por excelencia cuando suministra sus servicios a las naves o mercancías que llegan a los puertos.../”

4 Constitución de 1886 (y reformas permanentes), artículo 32 (primer inciso): “Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. /...”.

régimen jurídico de derecho privado al cual se someterían los particulares y las entidades públicas que decidieran realizar esas actividades<sup>5</sup>.

La Ley 1ª en comento definió la “actividad portuaria”:

**Artículo 5º, numeral 5.1. Actividad portuaria.** *Se consideran actividades portuarias la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias.*

Al efecto, la citada ley autorizó a la nación y a sus entidades descentralizadas a constituir “sociedades portuarias” con sede en cada municipio o distrito donde Colpuertos tenía puertos; autorizó a la Nación a “invitar públicamente a las entidades territoriales y a los empresarios privados a participar en la constitución de tales sociedades”; y las definió en la siguiente forma:

**Artículo 5º, numeral 5.20. Sociedad Portuaria.** *Son sociedades anónimas constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las sociedades portuarias podrán prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria.*

La lectura conjunta de las definiciones legales de actividad portuaria y sociedad portuaria, hace notar que el objeto social principal de estas sociedades es el de invertir recursos en la administración de los puertos y en su construcción y mantenimiento. La Ley 1ª también definió los “operadores portuarios”:

**Artículo 5º, numeral 5.9. Operador portuario.** *Es la empresa que presta servicios en los puertos, directamente relacionados con la entidad portuaria, tales como cargue y descargue, almacenamiento, practicafe, remolque, estiba y desestiba, manejo terrestre o porteo de la carga, dragado, clasificación, reconocimiento y usería.*

Como se observa de la norma transcrita, si bien las sociedades portuarias pueden incluir en su objeto social la prestación de otros servicios, como los relativos a la carga o mercancía, estos son a la vez, el objeto principal de los operadores portuarios.

La ley 1ª mandó igualmente que “solo las sociedades portuarias” serían titulares del contrato de concesión portuaria, el cual definió en los siguientes términos:

**Artículo 5º, numeral 5.2. Concesión portuaria.** *La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos<sup>6</sup>, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva, las*

5 Ley 1 de 1991, artículo 33 sobre liquidación de Colpuertos. En especial, confrontar los artículos 1o, 2o, 5o, 6o, 29, 30 y 34, que contienen los aspectos que se destacan en este concepto.

6 A lo largo del tiempo esta competencia fue asignada a otros organismos y actualmente está en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura, creada por el Decreto Ley 4165 de 2001, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la república por la ley 1444 del mismo año.

*playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.*

Observa la Sala que el objeto del contrato de concesión portuaria es permitir temporalmente y con exclusividad, la ocupación y el uso de los bienes públicos y los bienes fiscales necesarios para que la sociedad portuaria desarrolle su objeto. Como consecuencia de la desmonopolización de la actividad portuaria, esta no se entrega en concesión, aunque puede ser prestada por los concesionarios según se dijo.

Existe una contraprestación a cargo de la sociedad portuaria por la ocupación y el uso de los bienes públicos que recibe en concesión. De ella, el 80% es para la nación y el 20% restante para los municipios o distritos donde opera el puerto.

Cabe destacar que los recursos que recibe la nación por ese concepto están destinados “especialmente a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la nación, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre”<sup>7</sup>. La ley no previó que la nación invirtiera recursos en fines diferentes de los expresados en esta norma.

En relación con los actos y contratos de estas sociedades y como al expedirse la Ley 1ª se encontraba vigente el decreto Ley 222 de 1983, se ordenó que “las sociedades portuarias en donde existen aportes públicos, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atención al porcentaje que tales aportes representen dentro del capital, ni a la naturaleza del acto o contrato”; y las autorizó a “contratar con terceros la realización de algunas o todas las actividades propias de su objeto”. Guardó silencio la ley en cuanto a la tipología de estas sociedades, pues no las clasificó como empresas industriales y comerciales, de economía mixta o de capital público.

## 2. La regulación de la función de inspección no intrusiva

La ley 962 de 2005, sobre racionalización de trámites, ordenó que las funciones de inspección y control de las mercancías que entran y salen del país, deben ser cumplidas por las autoridades nacionales competentes en una única diligencia y sin exceder el término de un día. Dice su artículo 60:

**ARTÍCULO 60.** *Para la revisión e inspección física y manejo de carga en los puertos, aeropuertos y zonas fronterizas, de la mercancía que ingrese o salga del país, la DIAN conjuntamente con las entidades que por mandato legal<sup>8</sup> deban intervenir en la inspección y certificación de*

<sup>7</sup> Cfr. ley 1 de 1991, ley 856 de 2003 y Conpes 3315 de 2004 pág. 9.

<sup>8</sup> El artículo 1o del D.R. 1520/08 precisa que la DIAN y la Policía Nacional - Dirección Antinarcóticos, el Fondo Nacional de Estupefacientes, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima, las Entidades Territoriales de Salud y el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), son las “autoridades de control que por mandato legal deben realizar labores de supervisión y control en las operaciones de comercio exterior e intervenir en la inspección física de la mercancía que ingrese o salga del territorio nacional”.

la misma, proveerá los mecanismos necesarios para que dicha revisión, inspección y manejo, se realicen en una única diligencia cuya duración no podrá exceder de un (1) día calendario y cuyo costo será único.

Tiempo después, el transcrito artículo 60 de la ley 962 fue reglamentado por el decreto 1520 del 2008, que en su artículo 2° definió la inspección no intrusiva en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 2º.** *Inspección no intrusiva. Operación de control realizada por las autoridades con el fin de determinar la naturaleza, el estado, el número de bultos, el volumen, el peso y demás características de las mercancías, la carga, los medios o unidades de carga o los embalajes, mediante sistemas de alta tecnología que permitan visualizar estos aspectos a través de imágenes, sin perjuicio de la facultad de realizar inspección física cuando las circunstancias lo ameriten.*

De las normas transcritas se desprende que la inspección no intrusiva es una técnica que agiliza el reconocimiento del objeto de la inspección, pues permite ver su contenido sin tocarlo; además, facilita el mandato legal de colaboración entre las entidades estatales responsables de las funciones de inspección y control sobre la mercancía que entra y sale del país, y en especial, el ejercicio simultáneo de las competencias de cada entidad interviniente, haciendo posible que la revisión no exceda el término de un día mandado por la ley 962. La ley 1111 de 2006<sup>9</sup> creó la *tasa por servicios de inspección no intrusiva de mercancías*, en el artículo 71, que en lo pertinente para este concepto dice:

**“ARTÍCULO 71.** *Tasa por servicios de inspección no intrusiva de mercancías. Créase a favor de la Nación-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien obrará como sujeto activo, una tasa generada por la prestación de servicios de inspección no intrusiva de carga, unidades de carga y mercancías que ingresen o salgan del territorio nacional y sobre las cuales se surtan trámites de reconocimiento o inspección en desarrollo del control aduanero cumplido en lugares habilitados, autorizados o declarados por la misma entidad.*

*“La prestación de servicios de inspección no intrusiva a cargo de la autoridad aduanera con infraestructura tecnológica propia o de terceros autorizados, constará entre otros aspectos de verificaciones ágiles sobre la naturaleza, estado, peso, cantidad, requisitos formales y demás características de carga, unidades de carga y mercancías. De establecerse indicios de carga no presentada, mercancías no declaradas o de cualquier otro incumplimiento de disposiciones legales, procederá la inspección física por parte de la autoridad aduanera o de otras autoridades de control.*

*“Son sujetos pasivos de la tasa por la prestación de servicios de inspección no intrusiva los importadores, exportadores o transportadores, directamente o a través del respectivo declarante.*

*“Las tarifas de la tasa por la prestación de los servicios de inspección no intrusiva serán fijadas por el Gobierno nacional, de acuerdo con el sistema y método establecidos a continuación:*

9 “Por la cual se modifica el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

*“La administración, recaudación, fiscalización, determinación, discusión y cobro de la tasa a que se refiere este artículo, estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, conforme a las normas de procedimiento aduanero, directamente o a través de terceros autorizados”.*

El mismo artículo 71 de la ley 1111 determinó el sistema y el método que debe aplicar el Gobierno nacional para establecer las tarifas. El servicio se presta en los lugares *habilitados, autorizados o declarados por la DIAN*, como autoridad aduanera y con *infraestructura tecnológica propia de la DIAN o de terceros autorizados*.

La Ley 1450 de 2011 aprobó el “Plan nacional de desarrollo 2010-2014” y, como indica la consulta, en su artículo 88 ordenó:

*“ARTÍCULO 88. Continuidad en la prestación de los servicios de los agentes que participan en la gestión de los procesos logísticos esenciales asociados a la distribución de carga de importación y exportación. Las empresas privadas que participan en la gestión de los procesos logísticos esenciales asociados a la distribución de la carga de importación y exportación y las entidades gubernamentales encargadas de la inspección y control aduanero, antinarcóticos, sanitario, fitosanitario deberán adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el servicio a los usuarios de la carga durante las veinticuatro (24) horas del día de los siete (7) días de la semana en los diferentes puertos marítimos y otros centros de concentración de carga exterior, que serán definidos por el Ministerio de Transporte. Todo lo anterior encaminado a prevenir el contrabando, el tráfico de estupefacientes, el comercio ilegal de armas y el tráfico de divisas.*

*“PARÁGRAFO 1°. Las concesiones de puertos podrán adoptar de forma inmediata incentivos económicos o de otro tipo que permitan el funcionamiento permanente y continuo durante las veinticuatro (24) horas del día de los siete (7) días de la semana de las instalaciones portuarias en sus diferentes funciones y que garanticen flujos continuos de mercancía a todo lo largo de la cadena logística que tiendan a eliminar las congestiones que se presentan en la actualidad, atendiendo al criterio de racionalidad, de acuerdo con la naturaleza del servicio que se presta.*

*“PARÁGRAFO 2°. El esquema de incentivos buscará equilibrar la demanda a lo largo de todas las horas del día para lograr una distribución más eficiente del uso de las instalaciones portuarias. De igual forma las concesiones portuarias diseñarán manuales de buenas prácticas para generar mayor celeridad, regularidad y una distribución más eficiente en los procesos y operaciones que están bajo su responsabilidad.*

*“Para tal fin dichas entidades, en coordinación con las autoridades de control e inspección contarán con equipos cuyos estándares unificados de tecnología, de acuerdo con los requerimientos del comercio internacional, faciliten la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, además del comercio ilegal de armas, en cada nodo de comercio exterior, para tal efecto el Gobierno nacional reglamentará dichos estándares e implementará su aplicación”.*

En el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2104, aprobado por la Ley 1450 de 2011, de la cual forma parte el transcrito artículo 88, se afirma también la necesidad de *implementar el “siste-*

*ma de inspección física simultánea y de inspección no intrusiva” con apoyo en otras medidas y en la homologación de procesos aduaneros con otros países, y además, explica:*

*Tas iniciativas del Gobierno nacional estarán orientadas a acelerar los esfuerzos actuales de adecuación, modernización y simplificación de las operaciones comerciales a través de una eficiente reglamentación y agilización en los procedimientos de comercio exterior, el estímulo a la competencia en la provisión de servicios de facilitación comercial, masificación en el uso de tecnologías de información y comunicaciones para operaciones de comercio exterior, y también para divulgación de información de mercados y regulaciones de forma que se facilite la operación a las empresas... Con el ánimo de construir sobre esfuerzos anteriores, se avanzará en la implementación plena de las políticas plasmadas en el Documento Conpes 3469 de 2007: Lineamientos para el control de la mercancía y la seguridad en los nodos de transferencia de comercio exterior y el Conpes 3547: Política Nacional Logística, especialmente en lo referente a la Inspección Física Simultánea (IFSM), la inspección no intrusiva en los distintos nodos de transferencia, así como una homologación de horarios enfocada hacia la prestación de los servicios los 7 días de la semana durante las 24 horas del día...*

*En la masificación en el uso de TIC en las operaciones de comercio, la implementación de algunas de las estrategias mencionadas incentiva su utilización. Sin embargo, se requiere un esfuerzo importante del sector privado y público para generalizar su uso y avanzar también en la capacidad de rastreo y trazabilidad de la carga. / Asimismo, la dinámica del comercio mundial exige a los distintos actores que participan de los procesos de comercio exterior y en especial a las entidades que participan de los de inspección de mercancías, que presten servicio ininterrumpido teniendo en cuenta para ello el movimiento de carga por cada nodo de transferencia”<sup>10</sup>.*

La transcripción precedente permite afirmar que el artículo 88 de la Ley 1450 de 2011 y el Plan Nacional de Desarrollo que ella aprueba, recogen y continúan con los lineamientos que en materia de competencias de las autoridades públicas y de responsabilidades de las sociedades portuarias se establecieron en la Ley 1ª de 1991, se han estructurado en los planes de expansión portuaria y se han recogido en los contratos de concesión portuaria y sus modificaciones, aspecto que se analiza enseguida.

### **3. La modificación de las concesiones portuarias para la realización de la inspección no intrusiva.**

De acuerdo con la documentación recibida por la Sala junto con el texto de la consulta, aparece que en el marco de la Ley 1ª de 1991 y del Conpes 2615 de 1992<sup>11</sup> se adelantaron los procedimientos para la constitución de varias sociedades portuarias y la celebración de los contratos de concesión portuaria. Por estos contratos se entregó a cada una de las sociedades portuarias, “el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva, los terrenos de bajamar y zonas accesorias” de los puertos marítimos entonces existentes. Para efectos de la consulta interesa destacar que en la cláusula décima segunda relativa a las “Obligaciones del concesionario”, se incluyeron las siguientes:

<sup>10</sup> Plan Nacional de Desarrollo Tomo II, “Soportes transversales de la prosperidad democrática”, pág. 681 (141 de 481).

<sup>11</sup> Conpes 2615 de 1992 (septiembre 15), “Criterios para la constitución de sociedades portuarias regionales en los puertos de propiedad de la nación”.

*“12.25. Será de responsabilidad de EL CONCESIONARIO, manejar y administrar el puerto en una forma ordenada y responsable, para garantizar su eficiencia y máxima utilización, manteniendo condiciones de vigilancia y seguridad de personas, de la carga, de las instalaciones e infraestructuras portuarias.*

*“12.28. Será responsabilidad del concesionario, invertir en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto”.*

Así pues, en los términos del contrato y en armonía con el objeto principal que les señaló la Ley 1ª de 1991, la respectiva sociedad portuaria se obligó a “invertir en infraestructura y equipo”, para incrementar la “eficiencia” del puerto. Obligación que está ínsita en la mención que hace la consulta acerca del interés de las sociedades portuarias en la alianza que se ha sometido a examen de esta Sala.

Con fundamento en los artículos 8 y 17 de la Ley 1ª de 1991 y los decretos reglamentarios 838 de 1992, artículo 28, 1370 de 2007, artículo 2º, y el Conpes 3342 de 2005, “Plan de expansión portuaria 2005 - 2006: estrategias para la competitividad del sector portuario”, se renegotiaron los contratos de concesión portuaria suscritos para los puertos de Barranquilla, Santa Marta y Buenaventura, pues en dicho Conpes se había indicado que ante la eventual iniciativa de las sociedades portuarias regionales para revisar el esquema contractual, el gobierno nacional lo abordaría con el fin de facilitar nuevas inversiones que incrementarían la productividad y la eficiencia del sistema portuario nacional.

La Comisión intersectorial<sup>12</sup> prevista en el citado Conpes 3342, revisó el esquema contractual y adoptó los criterios para las modificaciones que adoptarían. Tomando como ejemplo el contrato de concesión 006 de 1993 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A., la Sala se detiene en los otrosíes números 006 de 2008 y 007 de 2010.

En la cláusula tercera del Otrosí número 006 se acordó el *“Plan de inversiones (en adelante plan maestro o plan de inversiones) en infraestructura y equipamiento portuario hasta la finalización del plazo ampliado de la concesión portuaria, por un valor total mínimo de..”*; se definieron los *“principios aplicables a las inversiones”*, entre ellos el de la *“prioridad de inversiones”* para, entre otras necesidades, *“mantener estándares internacionales de eficiencia en la operación”*; en el numeral 3.2., se incorporó el cuadro relativo a las *“inversiones aprobadas”*, y en estas se contempló la de *“Seguridad (Scanners)”* por valor total de US\$5.400.000 que se invertirían en dos etapas: 2008-2011 y 2012-2020.

En la cláusula décima cuarta se pactó que el concesionario asumiría *7a totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del plan de inversiones en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de revisión... (partiendo) del principio que la inversión realizada será recuperada durante el término de la concesión, por tal motivo no hay derecho ni reconocimiento alguno a favor de la Sociedad..”*

12 Conpes 3342 de 2005, adoptado por el decreto 02766 de 2005; el decreto 03008 de 30 de agosto de 2005, integró la Comisión con los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Comercio Industria y Turismo, Minas y Energía, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Director de Planeación Nacional, y los directores del INCO y de Cormagdalena.



El otrosí 007 febrero 23 de 2010 aprobó una modificación del cronograma de ejecución del plan de inversiones, solicitada por la sociedad portuaria; en ella, la suma de US\$5.400.000 definida para los scanners en el otrosí número 006, se dividió en sumas iguales de US\$1.350.000, para invertir en los años 2009, 2010, 2013 y 2014.

Encuentra la Sala que las modificaciones reseñadas que se introdujeron en las concesiones de las sociedades portuarias de Buenaventura, Barranquilla y Santa Marta, en cuanto a la adquisición de los scanners para la inspección no intrusiva de la mercancía por parte de las concesionarias, están en concordancia con el objeto legal de estas entidades, actualizan la obligación de invertir en infraestructura con miras a obtener la mayor eficiencia inicialmente pactada, y además, aspecto muy importante para este concepto, es indispensable coordinar la ejecución de su obligación contractual con las autoridades encargadas de hacer la inspección sobre las mercancías, de manera que todos los sujetos involucrados logren la máxima eficiencia en el cumplimiento de sus obligaciones que son totalmente complementarias.

#### 4. Conclusiones de este punto

De lo expuesto hasta ahora, desprende la Sala unas conclusiones que sirven de base al análisis que se hace en el siguiente acápite:

La inspección no intrusiva de mercancía es una técnica de inspección que se aplica en todos los puertos, aeropuertos, sitios de frontera y nodos de transporte. La tasa que cobra la Dian por esta inspección debe compensar el servicio que se presta en todos ellos y no solo en los puertos marítimos.

En los puertos marítimos los concesionarios portuarios están obligados a cumplir las obligaciones contractuales; una de ellas consiste en *“invertir en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto”*, obligación que incluyó la adquisición e instalación de scanners, cuando se revisaron los contratos de concesión suscritos con las sociedades portuarias de Buenaventura, Barranquilla y Santa Marta, y así se recomendó al Ministerio de Transporte, al INCO (hoy ANI) y a Corpomagdalena cuando se revisaran las demás concesiones o se estructuraran las nuevas<sup>13</sup>. En consecuencia, son de cargo de los concesionarios la construcción y la adquisición de los equipos para realizar la inspección no intrusiva de la mercancía, obligación cuyo contenido debe estar en cada uno de los contratos, a cuyo tenor habrá que ceñirse para determinar con exactitud el alcance de esta obligación.

En lo no contemplado por los contratos de concesión, si hubiere alguna partida de inversión que no estuviere cobijada por ellos, los costos deberán ser sufragados por el Estado, con cargo a la tasa.

La operación de los equipos y su mantenimiento deberá ser realizada por los concesionarios, pero podrá cobrar por tales servicios los que serán pagados con la citada tasa. En este cobro no podrán incluir la recuperación de las inversiones que por el contrato de concesión están obligados a efectuar.

<sup>13</sup> Cfr. Conpes 3528 de junio 23 de 2008, modificación al Conpes 3469 del 30 de abril de 2007: Lineamientos para el control de la mercancía y la seguridad en los nodos de transferencia de comercio exterior.

La inspección de la mercancía estará a cargo de las autoridades públicas correspondientes pues se trata de funciones administrativas que no pueden ser ejercidas por los concesionarios, pues no hacen parte ni de la autorización legal ni del objeto de los contratos, al menos en los que se revisaron para este concepto.

Procede a continuación la Sala a estudiar si es posible o no realizar un convenio entre las entidades citadas, para pasar enseguida a contestar las preguntas formuladas.

## **B. Análisis de los problemas jurídicos planteados por la consulta**

Como se exponía en la introducción a este concepto, la consulta plantea dos temas, el primero, si es jurídicamente viable celebrar un acuerdo entre las autoridades y los concesionarios portuarios con base en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, y el segundo, de no ser posible lo anterior, averiguar si es factible otro tipo de acuerdo convencional o contractual entre los sujetos citados, temas que se analizan enseguida.

### **1. El artículo 96 de la Ley 489 de 1998**

La consulta pregunta sobre la posibilidad de fundamentar en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el convenio entre las entidades públicas con funciones de inspección y vigilancia sobre la mercancía que entra y sale por los puertos marítimos y las sociedades portuarias.

Se recuerda que el artículo 96 invocado se refiere a la “constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, previendo para ello dos modalidades, una, la de los convenios de asociación y otra, la de constitución de personas jurídicas. Para mayor facilidad en el análisis, se transcriben los incisos primero y segundo del artículo 96, que corresponden a los convenios entre las autoridades y las entidades sin ánimo de lucro:

*“ARTÍCULO 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución<sup>14</sup>, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.*

*“Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.*

<sup>14</sup> Constitución Política, artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. / Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

La solicitud de consulta justifica la posibilidad de utilización del artículo 96, en el sentido de que si bien en forma expresa el artículo 355 de la Constitución Política se refiere a personas jurídicas sin ánimo de lucro, es perfectamente válido asumir que también puede cobijar otras entidades que desarrollen funciones a favor de la comunidad, como lo serían los concesionarios portuarios.

Al menos dos argumentos le permiten a la Sala concluir que los convenios a los que se refiere el transcrito artículo 96 no encajan en la hipótesis planteada en la consulta, a saber: los concesionarios no encajan en la definición constitucional de “entidades privadas sin ánimo de lucro” y la actividad portuaria es de carácter mercantil.

En relación con el primer tema, la Sala ratifica el concepto del 24 de febrero del 2005, radicación 1626, y se reafirma en su contenido, en particular en las razones históricas por las cuales los “programas y actividades de interés público”, susceptibles de celebración de los convenios entre entidades públicas y personas jurídicas sin ánimo de lucro, corresponden a las “actividades útiles y benéficas” adelantadas por los particulares y que la Constitución del 91 permitió fomentar siempre que ellas se ajusten a los planes de desarrollo nacional o territoriales. Las entidades sin ánimo de lucro están reguladas por el Código Civil en especial los artículos 636 a 652. Por el contrario, según se transcribió el número 5.20 del artículo 5º de la Ley 1ª de 1991, que ordena constituir las sociedades portuarias como sociedades anónimas, las cuales, como es sabido, están reguladas por el Código de Comercio.

En segundo lugar, el objeto del convenio que se celebre entre una entidad pública y una persona jurídica sin ánimo de lucro debe ser en sí misma de carácter benéfico, igual o complementario de aquellos que presta el Estado, que en principio tampoco son comerciales, lo que excluye entregarlos a la comunidad a cambio de un precio en que va inmersa una utilidad para el prestador. La actividad portuaria ha sido definida por el artículo 20 numeral 9º del Código de Comercio dentro de las actividades típicamente mercantiles de manera que no es posible considerarla como una de aquellas obras benéficas propias del apoyo estatal del artículo 355 de la Carta Política. Por esta vía no es entonces posible celebrar el convenio planteado por el Ministerio consultante.

## **2. El mandato del artículo 88 de la Ley 1450 de 2011**

A manera de síntesis del transcrito artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, se puede decir que contempla la adopción de tres tipos de medidas:

i. Por parte del gobierno nacional la reglamentación de los “*estándares unificados de tecnología, de acuerdo con los requerimientos del comercio internacional*” y además deberá implementar su aplicación. (Inciso final párrafo 2º.)

ii. Por parte de los concesionarios portuarios la adopción de incentivos económicos o de otro tipo que permitan el funcionamiento permanente y continuo de las instalaciones portuarias, para hacer eficiente la prestación de los servicios a su cargo. (Párrafo 1º)

iii. Por parte de las empresas privadas (concesionarios y operadores portuarios) junto con “*las entidades gubernamentales encargadas de la inspección y control aduanero, antinarcóti-*

cos, sanitario, fitosanitario,” deberán adoptar “*las medidas que sean necesarias para garantizar el servicio*” con el fin de “*prevenir el contrabando, el tráfico de estupefacientes, el comercio ilegal de armas y el tráfico de divisas*”. (Inciso 1°).

En relación con la primera de las medidas que es necesario expedir en cumplimiento del mandato del artículo citado, es claro que se trata del ejercicio normal de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, sobre la cual, y para los efectos de este concepto no hay mayor comentario que agregar. La consulta plantea que uno de los objetos del convenio que se celebraría entre las entidades públicas y los concesionarios sería el de la elaboración de la “*consultoría que se contratará para realizar el análisis de las necesidades de equipos de inspección no intrusivos que tiene el país para facilitar la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, además del comercio ilegal de armas, en cada nodo de comercio exterior*”<sup>15</sup> indicando entonces que el contenido técnico del futuro reglamento del gobierno nacional sería el definido por esta consultoría que se contrataría con base en el convenio, si se pudiere celebrar.

Para la Sala es claro que la obligación de expedir el reglamento es del gobierno, y por lo tanto la consultoría que llegare a ser necesaria para establecer los estándares y requisitos técnicos de los sistemas para la inspección no intrusiva son igualmente de su resorte, y más concretamente del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en virtud del numeral 2° del artículo 59 de la Ley 489 de 1998. Es claro que los estudios pueden ser realizados internamente por los funcionarios del Ministerio, por otros funcionarios o entidades públicas en quienes se delegue esta función conforme a los artículos 9° a 14 de la Ley 489 de 1998, o también pueden ser contratados con terceros, para lo cual deberán dar aplicación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Sobre el segundo tipo de medidas que se pueden adoptar con base en la norma citada, es competencia de los concesionarios o de los operadores de los puertos, quienes deben acatar la orden legal de aumentar la eficiencia para evitar la congestión en la recepción de la mercancía. Sobre este punto, cabe el ejercicio normal de la potestad reglamentaria por el Presidente de la República y eventualmente las de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Por último, los concesionarios u operadores portuarios y las autoridades de control en sus diferentes clases están obligados a “*adoptar las medidas que sean necesarias*” con el fin de “*coordinar*” sus esfuerzos con miras no solo a prestar eficientemente los servicios que cada una de ellas presta sino a evitar el contrabando y todo tipo de tráfico ilícito. Para estos efectos, insiste la Sala, se deberán “*coordinar*” entre todas, según las voces del último parágrafo del artículo en cita.

Para la Sala son claras dos situaciones: *la primera*, que es posible ejercer la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República para organizar la forma como este cúmulo de sujetos ha de organizarse para el cabal cumplimiento de la ley, y *la segunda*, que con o sin reglamento, la manera más lógica de cumplir este mandato de coordinación y de adopción conjunta de las medidas necesarias para ejecutar simultáneamente las obligaciones de los diferentes entes involucrados en la inspección no intrusiva en los puertos marítimos es la de

---

<sup>15</sup> Ver primera pregunta.

realizar unos convenios, acuerdos o contratos sobre el particular, en los cuales se aclaren las competencias y obligaciones de cada una de las partes como fueron reseñadas en el punto n.º 4 del anterior acápite, y se establezcan los protocolos y procedimientos necesarios para que cada uno ejecute las funciones a su cargo. El objeto del contrato o convenio que se suscriba es el de regular las relaciones entre las autoridades y los operadores y concesionarios, de manera que deben ordenar el cúmulo de obligaciones, deberes, derechos y cargas que existan entre ellos, para darle cumplimiento a la finalidad establecida por la norma, que consiste en “*garantizar el servicio a los usuarios de la carga durante las veinticuatro (24) horas del día de los siete (7) días de la semana en los diferentes puertos marítimos*” para los concesionarios y operadores portuarios y de “*detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, además del comercio ilegal de armas*” para las autoridades.

Ahora bien. La primera pregunta formulada a la Sala solicita conocer si con base en el mandato legal del artículo 88 es jurídicamente viable incluir como objeto del convenio el de “contratar” de manera conjunta “*la adquisición e implementación de los sistemas para la inspección no intrusiva de la mercancía*”. La respuesta a esta cuestión no es absoluta pues depende de quién sea la obligación de adquirir los equipos (scanners) y construir la infraestructura para que las autoridades ejerzan su actividad de inspección, por lo que pueden darse tres situaciones, a saber:

Si el concesionario portuario está obligado por una estipulación contractual a adquirir los equipos necesarios para la inspección no intrusiva de mercancía, no se justifica celebrar un convenio con las autoridades de inspección, pues es su obligación y debe cumplirla. En este caso, el convenio que se celebre regularía los demás elementos de la relación con las autoridades de control.

Si el concesionario portuario no está obligado a adquirir tales equipos, puede celebrar el convenio con el fin de adquirirlos conjuntamente con las autoridades de control, pero los contratos que celebre estarán sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido principalmente en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Si bien los concesionarios pueden contratar por las reglas del derecho privado, en este caso, como están adquiriendo bienes para el Estado, en cabeza de la DIAN (inciso 2º artículo 77 Ley 1111 de 2006) debe aplicarse el derecho público. Puede ocurrir que en el estudio y la reglamentación técnica que expida el gobierno se determine que existe un proveedor único, caso en el cual podrá contratar directamente.

Si la sociedad portuaria puede ser definida como una sociedad de economía mixta con capital público mayor al 50%, u otra entidad estatal de las definidas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el convenio que suscriba con las autoridades de control sería interadministrativo, al cual habría que aplicar los efectos propios de este tipo de contratos.

Por último, reitera la Sala que la obligación de coordinar las actividades entre los operadores y concesionarios portuarios y las autoridades está referida únicamente a “*las entidades gubernamentales encargadas de la inspección y control aduanero, antinarcóticos, sanitario, fitosanitario*” y la DIAN, por mandato del artículo 88 de la Ley 1450 de 2011 y del artículo 77 de la Ley 1111 de 2006, por lo que es necesario revisar si algunas de las entidades públicas enumeradas en la primera pregunta de la consulta, tienen una relación directa con el objeto del convenio tal como se define en este acápite, por lo que es conveniente revisar la participación de ellas, en especial de la *Federación Nacional de Departamentos*, la cual carece de funciones administrativas y su creación no tiene origen legal.

### 3. Consideraciones sobre las preguntas finales

#### a) El artículo 13 de la Constitución Política

La tercera de las preguntas formuladas a la Sala plantea si con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política es jurídicamente posible que se “limite a los particulares que cumplen funciones públicas, de manera lucrativa (concesionarios), asociarse o adelantar proyectos en beneficio de la comunidad empleando para ello esquemas asociativos con las entidades públicas”. La Sala considera necesarias las siguientes precisiones previas:

Los concesionarios de contratos regidos por la Ley 1ª de 1991, esto es, las sociedades portuarias, no son particulares que cumplen funciones públicas. Se trata de un tipo de sociedad comercial creado especialmente por la Ley 1ª de 1991, para que tanto las entidades públicas como los particulares que se asocien bajo esa modalidad, puedan invertir en la construcción y el mantenimiento de los puertos marítimos, los administren y presten servicios relacionados con la carga que entre y salga del puerto o con la actividad portuaria directamente.

El contrato de concesión portuaria no entrega a las sociedades portuarias el ejercicio de funciones públicas. Como lo define la Ley 1ª de 1991, este contrato es administrativo pero su objeto es permitir a las sociedades portuarias la ocupación y el uso de los bienes de uso público y fiscales necesarios para que un puerto marítimo exista y funcione, esto es, para que las sociedades portuarias puedan desarrollar el objeto para el cual las reguló la misma Ley 1ª, según se expuso.

A las anteriores precisiones cabe agregar esta otra: las personas jurídicas de naturaleza privada, pueden ejercer su objeto social en forma libre, es decir sin otra restricción que la expresa prohibición legal, mientras que las personas jurídicas de naturaleza pública, y los organismos sin personalidad propia, en tanto forman parte del Estado, solo pueden hacer aquello que expresamente les está autorizado, de suerte que se entiende que toda actividad que no les esté claramente atribuida les está prohibida. Esta forma de someter el Estado al Derecho está establecida en el artículo 6º de la Constitución Política que dice:

*“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 extra/imitación en el ejercicio de sus funciones”.*

Aplicando estos razonamientos al caso consultado, se encuentra entonces que las entidades públicas no pueden asociarse con los particulares sino en los casos y bajo las condiciones que establezcan la Constitución y la ley, esto es, en los términos que la normatividad aplicable a aquellas entidades prevea. El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es un ejemplo de la posibilidad legal de asociación de los particulares con las entidades públicas, para adelantar proyectos de beneficio comunitario. Pero las condiciones que en ella se exigen comprometen la responsabilidad de los servidores públicos que pretendan desconocerlas y eventualmente harían responsables a los particulares.

## b) El artículo 13 de la Ley 80 de 1993

La cuarta pregunta formulada a la Sala se refiere a si, aplicando el primer inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, es posible “traer a lo público las instituciones, tipologías y principios de las disposiciones comerciales y civiles, en lo que no esté reglado en dicha ley” y cuál sería la modalidad de selección y el procedimiento de contratación. Dice así la norma invocada:

*“ARTÍCULO 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.*

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha sostenido que es necesario distinguir al menos cuatro aspectos en relación con la aplicación de la Ley 80 de 1993 a los contratos estatales: el del procedimiento para expresar su voluntad de contratar, el de los límites para escoger el contratista particular, el del contenido del contrato estatal, y el del foro o jurisdicción que debe conocer de los litigios que se originen en ellos.

Así, en el concepto del 13 de agosto de 2009, radicación 1952<sup>16</sup>, se afirmó:

*“La autonomía de la voluntad en la teoría clásica, significa que existe libertad para decidir si se contrata o no, de elegir el cocontratante, de escoger el tipo de contrato, su contenido y régimen jurídico<sup>17</sup>. Por lo general, no se exige que los contratos tengan una causa o un fin determinados, pues se permite inclusive la mera liberalidad. Se prohíben la causa o el fin ilícitos como límites de esta libertad. Los pilares de la autonomía de la voluntad se encuentran en los artículos 15 y 16 del Código Civil que dicen: “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia,” y “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. Es claro que los particulares pueden disponer con gran libertad de todos sus derechos y pactar todo aquello que no esté prohibido, aún si los perjudica. Siendo la modificación de un contrato convenido por particulares un contrato más, por regla general a ella se le aplica el principio de la autonomía de la voluntad y sus efectos, al punto que, al modificarlo, pueden acordar uno totalmente diferente del inicial.*

*“Con mucha frecuencia se justifica la modificación de los contratos estatales, con el argumento de que basta que las partes estén de acuerdo para ello, sin que sea necesario que exista una causa o fin determinado o una norma positiva que la regule. Se dan como razones de tal proceder el artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que permite celebrar los contratos “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” y el artículo 13 del mismo estatuto, según el cual, los contratos de las entidades estatales “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley”. Tomando en forma literal y aisladas del contexto legal estas dos disposiciones, se expone que ellas autorizan la aplicación de las reglas sobre libertad contractual propias del derecho privado a la*

16 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, Rad. n.º: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952), C. P.: Enrique José Arboleda Perdomo.

17 [Cita del concepto 1952] Al hacer estas afirmaciones generales, no desconoce la Sala que las nociones de contrato y de autonomía de la voluntad son hoy en día fuertemente criticadas e incluso se habla de una crisis de estas nociones debido, en especial, a la economía de masas que ha impuesto

*modificación de los contratos de los entes públicos. En la práctica de la administración pública, frecuentemente se modifican cuando hay razones de conveniencia, ajustando las obligaciones, los plazos o algunas circunstancias concretas del contrato. Existe una cierta laxitud en la apreciación de tales motivos de conveniencia, y en múltiples casos no es más que aceptar un mal menor frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones.*

*“Estima la Sala que la anterior argumentación según la cual por regla general cuando hay común acuerdo pueden modificarse los contratos estatales, no es de recibo, por las siguientes razones:*

*“El común acuerdo en derecho administrativo es una manera de modificación del contrato estatal, pero en sí mismo no es una causa o razón para hacerla. El artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración, define los contratos estatales como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”. Esta norma fija o determina los actos jurídicos que pueden tomarse como contratos estatales para efectos de la ley, entre los cuales están los derivados de la autonomía de la voluntad.*

*“Se exponía antes que la autonomía de la voluntad conllevaba la libertad de decidir si se contrataba o no y de seleccionar libremente al cocontratante, facultades de las que carece, como regla general la administración. El principio de planeación consiste en que la administración debe prever, con diferentes grados de anticipación, qué contratos va a realizar durante cada vigencia fiscal y solo excepcionalmente puede celebrar otros por fuera de tal planeación, por esta razón la libertad para decidir si se contrata o no, en derecho público es muy restringida. Lo mismo sucede con la selección del contratista, pues en la legislación vigente la regla general es la licitación pública, a cuyo lado existen otros procedimientos reglados y solo excepcionalmente hay libertad para conseguir el cocontratante.*

*Esta limitación a la libertad de contratación de las entidades públicas tiene otro sustento: el de garantizar la igualdad de los posibles oferentes frente a la oportunidad que significa ejecutar un contrato estatal. La autonomía de la voluntad en la norma en comento autoriza al Estado a definir y a proponer, de acuerdo con las necesidades de los servicios a su cargo, la tipología y el contenido obligacional, (salvo que haya obligación legal de celebrar cierto tipo de contrato) pero no conlleva los otros efectos que esta institución posee en el derecho de los particulares.*

*“Con las limitantes expuestas debe entenderse el artículo 13 del mismo Estatuto, que establece el derecho comercial y el civil como reglas generales de los contratos estatales.*

También en el concepto de fecha 20 de mayo de 2010, radicación 1992<sup>18</sup>, se expresó:

*“Por tanto, la administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de*

18 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010, Rad. n.º 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992), C. P., Enrique José Arboleda Perdomo.



*los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.*

*“Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 Constitución Política<sup>19</sup> como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extra/imitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.(...).*

De los conceptos citados se desprende entonces que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 regula el derecho sustancial aplicable a los contratos estatales, de manera que sí es posible para las entidades estatales utilizar cualquier tipo de contrato del derecho privado o convenir uno atípico aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, pero esta autorización no puede extrapolarse para sostener que también pueden celebrar los contratos en forma libre, como lo haría un particular. El procedimiento a través del cual las entidades estatales están obligadas a expresar su voluntad y escoger a su cocontratante es de derecho público, obligatorio con las excepciones que la misma ley contempla, que conlleva una autorización reglada, no discrecional, pues se insiste, el Estado solo puede actuar en los casos autorizados por el Derecho y por los cauces y procedimientos allí establecidos.

Con base en las premisas anteriores,

### LA SALA RESPONDE:

*“1. ¿Es viable la celebración de un convenio de asociación con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, entre las siguientes **entidades estatales**: Ministerio de Transporte, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Puertos y Transporte, Cormagdalena, INCO, la Federación Nacional de Departamentos, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Dirección Antinarcóticos de la Policía, Invima, ICA y **los Concesionarios Portuarios**: Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A., Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S. A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A., Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S. A., Sociedad Portuaria Palermo, Terminal de Contenedores - Contecar, Terminal de Contenedores de Buenaventura TCBUEN, Terminal Marítimo Muelles El Bosque S. A., cuyo objeto sería, “Establecer los términos de la cooperación de las entidades del sector público y las sociedades privadas vinculadas o que se vinculen con posterioridad al presente **Convenio**, para de manera conjunta contratar la adquisición e implementación de los sistemas para la inspección no intrusiva de la mercancía que ingrese o salga del territorio nacional, con base en los resultados que arroje la consultoría que se contratará para realizar el análisis de las*

<sup>19</sup> Art. 6° C. P. “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”.  
Art. 121.C. P. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

necesidades de equipos de inspección no intrusivos que tiene el país para facilitar la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, además del comercio ilegal de armas, en cada nodo de comercio exterior” y en virtud del cual los Concesionarios Portuarios y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) realizarían aportes económicos para el desarrollo del proyecto?

*“2. Teniendo en cuenta el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, establece que los convenios de asociación se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución, reglamentado por los Decretos 777 de 1992 y 1403 de 1993, ¿se debe entender que los requisitos previstos para la celebración de los contratos de “apoyo” se aplican en lo que resulte pertinente para el caso de las asociaciones?*

*“4. En el evento en que el marco jurídico del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no fuere el indicado para sacar adelante este importante negocio jurídico entre entidades estatales y particulares que cumplen funciones públicas, se pregunta: ¿Podría el proyecto ser desarrollado acudiendo a lo reglado en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que permite traer a lo público las instituciones, tipologías y principios de las disposiciones comerciales y civiles, en lo que no esté reglado en dicha Ley? En tal caso, ¿cuál sería la modalidad de selección o procedimiento jurídico tendiente a la suscripción del contrato?”*

No es viable la aplicación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para celebrar el convenio detallado en la pregunta, según se expuso en este concepto. Sin embargo, con base en el artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, es posible celebrar un convenio o contrato únicamente entre “las entidades gubernamentales encargadas de la inspección y control aduanero, anti-narcóticos, sanitario, fitosanitario” y la Dian de una parte, y los concesionarios y operadores portuarios de otra, con el fin de coordinar los siguientes aspectos:

En relación con la adquisición de los sistemas de inspección no intrusiva de mercancía (scanners), se debe determinar a cargo de quién se encuentra la obligación de adquirirlo, según se expuso en las consideraciones de este concepto.

En relación con la implementación y operación, el objeto del contrato o convenio que se suscriba sería el de regular las relaciones entre las autoridades y los operadores y concesionarios, de manera que deben ordenar el cúmulo de obligaciones, deberes, derechos y cargas que existan entre ellos, para darle cumplimiento a la finalidad establecida por la norma y descrita en las preguntas.

*“3.- En atención al artículo 13 de la Constitución Política, ¿existe algún criterio razonable y proporcionado desde lo jurídico que a la luz del ordenamiento jurídico limite a los particulares que cumplen funciones públicas, de manera lucrativa (concesionarios), asociarse o adelantar proyectos en beneficio de la comunidad empleando para ello esquemas asociativos con las entidades públicas? ¿Es una prohibición absoluta? ¿Tiene excepciones?*

Sin que implique el desconocimiento del artículo 13 de la Constitución Política que consagra el principio de igualdad, las entidades públicas pueden asociarse con los particulares en los casos y bajo las condiciones que establezcan la Constitución y la ley, esto es, en los términos

que la normatividad aplicable a aquellas entidades prevea. En consecuencia, los particulares que en virtud de la autonomía de la voluntad deseen celebrar convenios con las autoridades, deberán atenerse a las competencias y procedimientos que limitan la actividad de estas.

Envíese al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

**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.**

**Radicado 2108**

Fecha: 09/08/2012

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 16 de agosto de 2016

La Ministra de Educación Nacional, por solicitud de la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé, formula a la Sala una consulta acerca del Contrato n.º 58 de 1984 suscrito entre esta y el Ministerio para la prestación del servicio educativo y la posibilidad de celebrar un nuevo contrato con base en la Ley 72 de 1983 o el artículo 355 de la Constitución.

### **I. Antecedentes**

Los antecedentes de esta consulta se pueden resumir de la siguiente forma:

El Colegio Mayor de San Bartolomé es un establecimiento educativo organizado como una fundación de carácter privado, que durante años ha venido recibiendo apoyo económico del Gobierno nacional para atender a niños de bajos recursos económicos con fundamento en la Ley 72 de 1983, que autorizó al Gobierno nacional para prorrogar el contrato celebrado entre la Nación colombiana y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé de que trata la Ley 3a de 1974. Dicha prórroga se acordó mediante el contrato N° 58 de 1984.

Una vez terminado el contrato N° 58 por cumplimiento del plazo, durante los últimos años el Ministerio de Educación Nacional ha suscrito convenios con la Fundación para la prestación del mencionado servicio educativo con base en el artículo 355 de la Constitución, y con destinación específica a tales convenios se han asignado cada año las respectivas partidas dentro del presupuesto del Ministerio.

Informa la Ministra que no existe acuerdo entre las partes sobre la procedencia y condiciones de suscripción de futuros convenios, como tampoco respecto de la interpretación y aplicación del Concepto N° 1600 emitido el 11 de noviembre de 2004 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, razón por la cual formula nuevamente algunas preguntas sobre el Contrato N° 58 de 1984 y otras nuevas.

La consulta se refiere a cuatro temas: el régimen de la Ley 72 de 1983, la minuta del Contrato N° 58 de 1984, la competencia de la Nación para financiar servicios educativos con recursos diferentes de los correspondientes al Sistema General de Participaciones, y la posibilidad de celebrar contratos directos entre la Nación y la Fundación con base en el artículo 355 de la Constitución.

Luego de ilustrar sobre los diferentes argumentos expuestos por la Fundación en relación con los cuatro puntos precedentes, la Ministra formula las siguientes **PREGUNTAS**:

*“I. Sobre el régimen de la Ley 72 de 1983.*

1. La Ley 72 de 1983, configura un régimen especial de contratación, de modo que permita la contratación directa entre la nación y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé. Dado que el contrato al amparo de la Ley 72 de 1983, ¿se podría celebrar hasta por 90 años, de los cuales han transcurrido 27, es posible celebrar uno nuevo dentro del plazo restante?

*II. Sobre la minuta del contrato.*

¿Al no haberse notificado ni citado a la otra parte para la modificación formal sobre el texto de la minuta originalmente perfeccionada por el delegatario del Presidente, bastaba la simple modificación sin conocimiento alguno por parte del co-contratante de la Administración, para que el cambio tuviera los efectos requeridos?

¿Teniendo en cuenta que conforme a los antecedentes la Fundación en relación con el contrato 58 de 1984 cumplió con los requisitos de perfeccionamiento sobre el texto de 90 años, era viable una modificación material de un contrato ya perfeccionado, sin el concurso ni notificación de la otra parte?

¿No estaríamos frente a una modificación unilateral sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para la época de los hechos?

*III. Sobre la competencia de la nación para financiar directamente servicios educativos, con recursos distintos al Sistema General de Participaciones.*

6. ¿Teniendo en cuenta el régimen de distribución de recursos y competencias del Sistema General de Participaciones, puede deducirse que la nación en ningún caso puede financiar gastos destinados a la educación no superior?

*IV. ¿Es posible que con recursos distintos a los que se deben transferir a las entidades territoriales, la nación financie gastos educativos?*

*Sobre la posibilidad de la celebración de contratos directos por vía del artículo 355 de la Constitución.*

*¿Dados los antecedentes y el carácter sui generis del Colegio Mayor de San Bartolomé en la historia de Colombia, es posible que la nación celebre contratos o convenios con la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé, para la prestación del servicio educativo, con recursos distintos a los que deben transferirse a las entidades territoriales?*

9. Aparte de los decretos autónomos que desarrollan el régimen jurídico que se desprende del artículo 355 de la Constitución Política, ¿tales convenios o contratos, requieren de otro sustento normativo?

10. ¿Cuál sería el régimen presupuestal de estos contratos? ¿Tendrían que celebrarse por cada vigencia? ¿Podría celebrarse un convenio o contrato marco, para ser desarrollado en función de cada vigencia fiscal?

### PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

#### ***A. La autorización de la Ley 72 de 1983 para prorrogar el contrato celebrado entre la Nación y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé***

En relación con la Ley 72 de 1983 se pregunta en la consulta, primero, si dicha ley configura un régimen especial de contratación directa entre la nación y la Fundación y, segundo, si al haberse autorizado en esta ley una prórroga hasta por noventa (90) años, de los cuales apenas han transcurrido veintisiete (27), se podría celebrar un nuevo contrato por el plazo restante.

Aduce la Fundación que el régimen del contrato celebrado entre la nación -Ministerio de Educación Nacional y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé es el de la Ley 72 de 1983, la cual autoriza de manera específica la celebración de este contrato de prestación del servicio educativo, y no el del estatuto general de la contratación pública contenido en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, ya que esta no derogó la primera. Observa que ello se enmarca dentro de la libertad de configuración que tiene el legislador para regular la contratación pública y para establecer regímenes especiales, sin sujeción necesaria a un único estatuto, como sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. Inicialmente debe señalarse que la Ley 72 de 1983, “Por la cual se autoriza al Gobierno nacional para prorrogar el contrato celebrado entre la Nación colombiana y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé, de que trata la Ley 3a de 1974”<sup>1</sup>, es, como su epígrafe lo indica, una ley de autorización, y que el alcance de dicha autorización está claramente delimitado en esta ley por varios conceptos, en especial el objeto, las partes contratantes, el término máximo de la prórroga que se autoriza, y la sujeción del contrato a la aprobación impartida por el Consejo de Ministros.

*El artículo 1o de la ley, al autorizar al Gobierno nacional para prorrogar el mencionado contrato, dispuso que dicha prórroga podría pactarse hasta por un término máximo de noventa (90) años. Es de destacar que la autorización legal se otorgó para prorrogar el contrato por una sola vez, y no para pactar prórrogas sucesivas. Dice así la norma:*

*“Artículo 1°. Autorízase al Gobierno nacional para prorrogar hasta por el término de noventa (90) años, contados a partir del primero (1°) de enero de 1984, el contrato celebrado entre la nación colombiana y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé “.*

**Adicionalmente, el artículo 3° de esta ley dispuso que, una vez firmado el contrato, se requería para su perfeccionamiento la aprobación de conveniencia por parte del Consejo de Ministros, el cual decidió que la prórroga debía ser únicamente por veinte (20) años, y así quedó finalmente estipulado en el Contrato N° 58 de 1984. Dice así esta disposición:**

<sup>1</sup> La Ley 3a de 1974, “Por la cual se aprueba un contrato sobre administración de la ‘Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé’”, aprobó el contrato celebrado entre el Gobierno nacional y la Fundación el 2 de abril de 1973 y su otrosí del 2 de agosto del mismo año y autorizó al Gobierno nacional para prorrogarlo por cinco (5) años.

*“Artículo 3°. Una vez firmado el contrato se requerirá para su perfeccionamiento la aprobación de conveniencia del Consejo de Ministros. Deberá publicarse en el Diario Oficial. Asimismo la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé, año por año, actualizará la póliza de cumplimiento de que habla la cláusula novena del contrato que se prorroga, en el valor que le aparezca asignado en la ley del presupuesto de cada vigencia fiscal”.*

La Sala de Consulta y Servicio Civil analizó en el Concepto n.º 1600 del 11 de noviembre de 2004 todos los extremos de la situación que se presentó con la suscripción del Contrato n.º 58 de 1984 y concluyó que, al haberse acordado en dicho documento prorrogar el contrato por el término de veinte (20) años, cuando este plazo se cumpliera quedaba agotada la Ley 72 de 1983. Sostuvo la Sala en el mencionado Concepto:

*“La lectura de las disposiciones anteriores (de la Ley 72 de 1983), permiten a la Sala precisar lo siguiente:*

- Se trata de una mera autorización legal para que el Gobierno contrate con la Fundación la prestación de servicios educativos.*
- Esta autorización no tiene por sí misma fuerza vinculante.*
- La autorización legal requiere para su materialización de la celebración de un contrato entre las partes.*
- Por tanto, la autorización, por sí sola, es fuente de obligaciones entre las partes, mientras perdure el plazo autorizado.*
- Con la aprobación impartida por el Consejo de Ministros para contratar con la Fundación por un término de 20 años y la celebración de los respectivos contratos durante ese lapso, se agota la ley de autorizaciones.*
- En consecuencia la autorización legal contenida en el artículo 1° de la Ley 72 que faculta al Gobierno nacional para contratar la prestación del servicio educativo, está vigente hasta el año 2004.*

*Entonces, resulta claro, que la Ley 72 de 1983 consagró una autorización hasta por noventa años, de la cual el Gobierno hizo uso por el término de veinte (20) años, el cual vence en el presente año”.*

En consideración a los antecedentes y a las razones expuestas, la Sala concluye y reitera que la Ley 72 de 1983 quedó ejecutada con la suscripción del contrato n.º 58 de 1984, y que todas sus previsiones en relación con la autorización conferida al Gobierno nacional para prorrogar el contrato celebrado con la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé quedaron desde entonces agotadas.

## **B. La modificación de la minuta del Contrato N° 58 de 1984 en cuanto al plazo**

El segundo tema de la consulta se refiere a diversos interrogantes en torno a la modificación del plazo del Contrato n.º 58 de 1984, según manifiesta la Fundación Colegio Mayor de

San Bartolomé, sin su consentimiento previo. La Fundación argumenta que, sin su consentimiento, se modificó el plazo, que era de 90 años, **mediante enmendaduras al texto original suscrito por el Ministro de Educación Nacional.**

Esta situación también fue analizada por la Sala en el mencionado Concepto n.º 1600 de 2004, en el cual expresó:

“Teniendo en cuenta los presupuestos legales vigentes al momento de la celebración del contrato n.º 058 de 1984, y las disposiciones de carácter particular aplicables al mismo, es decir, lo previsto en la Ley 72 de 1983 y lo acordado por las partes en el texto mismo del contrato, la Sala considera que el contrato que reunió los requisitos de validez corresponde al documento firmado por el señor Presidente de la República el 10 de mayo de 1984, es decir, el que tenía un plazo de vigencia de 20 años, por las razones que se explican a continuación.

La versión del contrato de fecha 16 de abril de 1984, suscrita por el señor Ministro de Educación y el representante de la Fundación, estaba sujeta, no solamente por disposición contractual, sino por lo establecido de manera expresa en la Ley 72 de 1983, a la aprobación del contrato por parte del Consejo de Ministros.

La aprobación del documento que se suscribió el 16 de abril de 1984, se surtió el día 25 de abril del mismo año, tal y como consta en el recibo remisorio, lo cual explica, en forma suficiente, el porqué la firma del señor Presidente aparece en el documento con fecha del 10 de mayo, es decir, con posterioridad a la del primer documento: se estaba surtiendo el trámite de aprobación mencionado, previsto en el decreto 222, en la Ley 72 y en el propio contrato.

La anterior aprobación se condicionó, entre otros aspectos, a la modificación del plazo contractual de 90 a 20 años.

En consecuencia, es claro, que la versión del documento que contenía el plazo de vigencia de noventa años, no podía seguir surtiendo trámite, luego de la decisión adoptada del Consejo de Ministros y del Gobierno nacional. Por tanto, no cumplió con este requisito de perfeccionamiento previsto desde la Ley 72 de 1983 o ley de autorización de la contratación respectiva, y en consecuencia, no podría predicarse respecto del mismo fuerza vinculante alguna, en la medida en que las partes desde la ley de autorizaciones, tenían pleno conocimiento de la existencia de este requisito y se allanaron al mismo. Prueba de este hecho es que en los contratos adicionales al contrato n.º 058 de 1984 que se suscribieron, las partes hicieron expresa alusión a que estos modificaban el contrato celebrado por un término de 20 años”.

La Sala se acoge en este punto a lo expresado en el Concepto n.º 1600 de 2004, al cual se remite.

### ***C. Competencia de la nación para financiar gastos educativos con recursos diferentes de los correspondientes al Sistema General de Participaciones***

La consulta indaga acerca de la competencia de la Nación para financiar directamente gastos educativos, con recursos distintos a los destinados al Sistema General de Participaciones.



El Sistema General de Participaciones se encuentra instituido por los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, con las reformas efectuadas por diversos actos legislativos, y desarrollado por las leyes 715 de 2001 y 1176 de 2007 y normas concordantes, y está conformado por tres clases de participaciones: una para el sector educativo, otra para el sector salud y la tercera para propósito general, la cual incluye los recursos para agua potable y saneamiento básico.

**La Ley 715 del 21 de diciembre de 2001**, “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, establece en el artículo 5° las competencias de la Nación en materia de educación en sus niveles preescolar, básico (nueve grados) y medio (los dos últimos grados).

El numeral 5.3 de dicho artículo asigna a la Nación competencia específica para financiar y cofinanciar programas, planes y proyectos de inversión de orden nacional en materia de educación, con recursos diferentes a los del Sistema General de Participaciones. Dice así la norma:

“Artículo 5°. Competencias de la nación en materia de educación. Sin perjuicio de las establecidas en otras normas legales, corresponde a la nación ejercer las siguientes competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural: (...)”

5.3 Impulsar, coordinar, financiar, cofinanciar y evaluar programas, planes y proyectos de inversión de orden nacional en materia de educación, con recursos diferentes de los del Sistema General de Participaciones. Con estos recursos no se podrá pagar personal de administración, directivo, docente o administrativo. (...)”

Se observa, por consiguiente, que de acuerdo con la ley la nación puede financiar gastos de inversión destinados a la educación no superior, con recursos distintos de los asignados al Sistema General de Participaciones.

#### ***D. Celebración de contratos con fundamento en el artículo 355 de la Constitución***

Finalmente, la consulta pregunta sobre la posibilidad de celebrar contratos directos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución entre la nación-Ministerio de Educación Nacional y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé.

Para contestar se tiene que el artículo 355 de la Carta Política establece:

*“Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público*

*acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno nacional reglamentará la materia”.*

Como se aprecia, el inciso segundo confiere una autorización, de rango constitucional, a las entidades públicas del orden nacional y territorial, para que, con cargo a sus respectivos presupuestos, celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en el campo de que trate el objeto del contrato, dirigidos a impulsar programas y actividades de interés público que estén en consonancia con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo.

En consecuencia se observa que el Ministerio de Educación Nacional, tal como ha hecho en los años 2011 y 2012 según refiere en la consulta, con fundamento en la citada norma constitucional puede celebrar con la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé contratos para la prestación del servicio educativo con cargo a su respectivo presupuesto, sujetándose a los decretos autónomos que la han reglamentado, como son el decreto 777 de 1992 y sus modificatorios, el 1403 de 1992 y el 2459 de 1993, y en aplicación de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, cuyo artículo 10 establece su armonización con el Plan Decenal de Educación 2006-2016.

El régimen presupuestal de tales contratos es el contenido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, el decreto 111 de 1996, y normas complementarias. Su vigencia debe ser anual, por el principio de la anualidad del gasto establecido en el artículo 14, y si eventualmente se prevé celebrar un convenio marco con afectación de sucesivas vigencias fiscales, se debe dar cumplimiento a los requisitos para comprometer presupuestos de vigencias futuras ordinarias señalados en el artículo 10 de la Ley 819 de 2003.

### **LA SALA RESPONDE:**

#### *1. Sobre el régimen de la Ley 72 de 1983*

*1. ¿La Ley 72 de 1983, configura un régimen especial de contratación, de modo que permita la contratación directa entre la nación y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé?*

*2. Dado que el contrato al amparo de la Ley 72 de 1983, se podría celebrar hasta por 90 años, de los cuales han transcurrido 27, ¿es posible celebrar uno nuevo dentro del plazo restante?*

La Ley 72 de 1983 autorizó al Gobierno nacional para prorrogar el contrato de prestación del servicio educativo celebrado entre la nación y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé, e indicó que dicha prórroga podría acordarse hasta por un término máximo de noventa (90) años. Con base en dicha autorización, y oído el Consejo de Ministros, como ordenaba la ley, mediante el Contrato n.º 58 de 1984 se pactó una prórroga de veinte (20) años, término que concluyó el año 2004. De esta manera se agotó la autorización legal, conforme indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto n.º 1600 de 2004.

## *II. Sobre la minuta del contrato*

*3. Al no haberse notificado ni citado a la otra parte para la modificación formal sobre el texto de la minuta originalmente perfeccionada por el delegatario del Presidente, bastaba la simple modificación sin conocimiento alguno por parte del co-contratante de la Administración, para que el cambio tuviera los efectos requeridos? ¿Teniendo en cuenta que conforme a los antecedentes la Fundación en relación con el contrato 58 de 1984 cumplió con los requisitos de perfeccionamiento sobre el texto de 90 años, ¿era viable una modificación material de un contrato ya perfeccionado, sin el concurso ni notificación de la otra parte?*

*4. ¿No estaríamos frente a una modificación unilateral sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para la época de los hechos?*

Sobre los interrogantes relacionados con la modificación de la minuta del Contrato N° 58 de 1984 celebrado entre la nación y la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé, la Sala se remite a lo expuesto sobre el tema en el Concepto N° 1600 del 11 de noviembre de 2004, donde claramente se explica que el contrato surtió a plenitud el procedimiento de concertación y perfeccionamiento establecido de manera especial en la Ley 72 de 1983.

*5. Sobre la competencia de la Nación para financiar directamente servicios educativos, con recursos distintos a los del Sistema General de Participaciones*

*6. ¿Teniendo en cuenta el régimen de distribución de recursos y competencias del Sistema General de Participaciones, puede deducirse que la nación en ningún caso puede financiar gastos destinados a la educación no superior?*

*7. ¿Es posible que con recursos distintos a los que se deben transferir a las entidades territoriales, la nación financie gastos educativos?*

Con recursos diferentes de los que corresponden al Sistema General de Participaciones, la nación puede financiar y cofinanciar gastos de inversión de orden nacional en materia de educación en sus niveles preescolar, básico y medio, tanto en el área urbana como en la rural.

## *IV. Sobre la posibilidad de celebrar contratos directos por vía del artículo 355 de la Constitución*

*9. Dados los antecedentes y el carácter sui generis del Colegio Mayor de San Bartolomé en la historia de Colombia, ¿es posible que la nación celebre contratos o convenios con la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé para la prestación del servicio educativo, con recursos distintos a los que deben transferirse a las entidades territoriales?*

La nación puede celebrar con la Fundación Colegio Mayor de San Bartolomé contratos para la prestación del servicio educativo, con recursos distintos a los que debe transferir a las entidades territoriales, esto es, con recursos de su respectivo presupuesto, de conformidad con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución y de acuerdo con lo expresamente dispuesto en el artículo 5o numeral 5.3 de la Ley 715 de 2001.

*9. Aparte de los decretos autónomos que desarrollan el régimen jurídico que se desprende del artículo 355 de la Constitución Política, tales convenios o contratos, requieren de otro sustento normativo?*

Sí, tales contratos requieren también estar acordes con la ley vigente del Plan Nacional de Desarrollo, en el presente caso la Ley 1450 de 2011.

*10. ¿Cuál sería el régimen presupuestal de estos contratos? Tendrían que celebrarse por cada vigencia? ¿Podría celebrarse un convenio o contrato marco, para ser desarrollado en función de cada vigencia fiscal?*

El régimen presupuestal de los contratos celebrados en desarrollo del artículo 355 de la Constitución es el contenido en el decreto 111 de 1996 y normas complementarias y reglamentarias. Se deben celebrar por cada vigencia fiscal. Podría también celebrarse un contrato marco para ser desarrollado en sucesivas vigencias fiscales, siempre y cuando se cumplan previamente los requisitos exigidos para los presupuestos de vigencias futuras.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

**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.**

**Radicado 2271**

Fecha: 10/05/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 5 de octubre de 2016

El Director del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre (Coldeportes) solicita el concepto de la Sala sobre la eventual obligación que dicha dependencia tenga de pagar el tributo denominado “*estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia*”, creado por la Ley 1697 de 2013, en atención a la celebración de convenios interadministrativos con entidades territoriales para prestarles asistencia técnica y cofinanciar la ejecución de proyectos de construcción, mejora o remodelación de infraestructura deportiva.

Mediante ampliación a la consulta inicial, el mismo funcionario solicita a la Sala pronunciarse también sobre el nacimiento y el pago de dicho tributo en los contratos interadministrativos de “gerencia de proyectos” que Coldeportes suscribe con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) y entidades del nivel territorial, para los mismos fines.

### **I. Antecedentes**

El Director de Coldeportes informa que esa institución “*ha celebrado Convenios Interadministrativos con diferentes entidades del orden territorial para la ejecución de proyectos de construcción, mejoramiento y remodelación de infraestructura deportiva los cuales son ejecutados y son dichas entidades quienes ejecutan los objetos de estos convenios*”.

El mismo funcionario comenta que el Ministerio de Educación Nacional realiza el recaudo del tributo denominado “*estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia*”, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1697 de 2013<sup>1</sup>, y en tal condición, ha insistido ante Coldeportes en el pago del citado tributo con ocasión de la celebración de los convenios interadministrativos mencionados, frente a lo cual esta entidad ha manifestado que tales convenios no pueden considerarse como “contratos de obra”, debido a que no son ejecutados por Coldeportes.

1 “*Por la cual se crea la estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia*”.

Para tal efecto, cita la definición del contrato de obra pública contenida en el artículo 32, numeral 1 de la Ley 80 de 1993<sup>2</sup>, y menciona lo que debe entenderse por “contratos conexos”, a la luz de la citada Ley 1697, precisando que los convenios interadministrativos celebrados por Coldeportes con los entes territoriales “no se enmarcan dentro de las enunciadas definiciones”.

A continuación señala que, de conformidad con la Ley 181 de 1995<sup>3</sup>, una de las funciones de Coldeportes consiste en “fomentar la creación de espacios que faciliten la actividad física, el deporte y la recreación como hábito de salud y mejoramiento de la calidad de vida y el bienestar social, especialmente en los sectores sociales más necesitados”, así como “planificar y programar la construcción de instalaciones deportivas con los equipamientos necesarios, procurando su óptima utilización y uso de los equipos destinados a la práctica del deporte y la recreación”.

Advierte que la misma ley, en su artículo 70, dispone que los municipios tienen a su cargo “la construcción, administración, mantenimiento y adecuación de los respectivos escenarios deportivos...”, y que “el Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, dará la asistencia técnica correspondiente”. Enseguida se refiere al objeto general y a las funciones que competen actualmente a Coldeportes, de acuerdo con el Decreto 4183 de 2011, entre las cuales destaca las siguientes:

“(...) 11. Fomentar la generación y creación de espacios que faciliten la actividad física, la recreación y el deporte.

12. Planificar y programar la construcción de instalaciones deportivas con los equipamientos necesarios, procurando su óptima utilización y uso de los equipos y materiales destinados a la práctica del deporte y la recreación.

(...)

24. Brindar asistencia técnica a los entes departamentales, distritales y municipales para la formulación de planes deportivos y la ejecución de proyectos relacionados con el deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física.

25. Celebrar directamente convenios o contratos con entidades u organismos internacionales o nacionales, públicos o privados pertenecientes al Sistema Nacional del Deporte, para el desarrollo de su objeto, de acuerdo con las normas legales vigentes. (...)”.

De lo anterior concluye que “Coldeportes No (sic) tiene dentro de sus funciones y competencias la de realizar obras de infraestructura deportiva, solo tiene la de realizar la asistencia técnica y la viabilización de proyectos de interés general y a la cofinanciación de los mismos”.

Por otra parte, en la ampliación de la consulta, el Director de Coldeportes informa que para la realización de esta clase de proyectos, dicha entidad también celebra, algunas veces, “con-

2 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

3 “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”.

venios interadministrativos de gerencia de proyectos” con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) y entidades territoriales o descentralizadas del nivel territorial, en los cuales le corresponde a Fonade realizar la gerencia del proyecto al cual se refiere el contrato, lo cual involucra las siguientes obligaciones principales: (i) proporcionar la asistencia y el acompañamiento técnico, jurídico y financiero que se requiera; (ii) efectuar las gestiones de coordinación y control que el proyecto demande; (iii) encargarse del manejo financiero de los recursos destinados al proyecto, y (iv) llevar a cabo, bajo su exclusiva responsabilidad y riesgo, los trámites precontractuales y contractuales que se necesiten, con personas naturales o jurídicas, para ejecutar materialmente el objeto del convenio interadministrativo.

Explica que en tales contratos, la entidad territorial o descentralizada del nivel territorial tiene como obligaciones principales las de entregar a Fonade los documentos y soportes que conforman el proyecto, realizar su revisión y afinamiento, verificar los aspectos técnicos del mismo, efectuar su ajuste y complementación, si se requiere, así como asignar o aportar el inmueble en el cual se vayan a realizar las obras, libre de vicios, gravámenes u otra clase de situaciones que puedan interferir con el proyecto o afectar el uso del escenario deportivo a construir, adecuar o mejorar.

Y Coldeportes asume la obligación principal de pagar las sumas de dinero que se estipulan en el contrato como valor, el cual incluye la cofinanciación que aquel otorga a la entidad territorial y los honorarios de Fonade, como se puede observar en el documento remitido a título de ejemplo con la ampliación<sup>4</sup>.

En este contexto, concluye que *“es Fonade quien ejecuta en su totalidad un proyecto en todos sus componentes, asumiendo la responsabilidad y el riesgo por la realización del mismo y adelantando actividades de agente principal en la obtención del resultado requerido por la entidad pública contratante...”*

Con fundamento en los hechos y consideraciones expuestas, el Director del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre (Coldeportes) formula a la Sala la siguiente **PREGUNTA**:

*“Debe Coldeportes pagar las estampillas pro universidad nacional de Colombia y demás Universidades estatales de Colombia conforme lo establece la Ley 1697 de 2013 de los convenios Interadministrativos (sic) celebrados entre Coldeportes y los entes territoriales, pese a no tener dentro de sus funciones la de celebrar contratos de obra para realizar infraestructura deportiva y no ejecutar los mismos?”*

Y en la ampliación de la consulta, plantea la siguiente pregunta adicional:

*“... con lo cual surge la inquietud si Coldeportes debe pagar las estampillas pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades estatales de Colombia conforme lo establece la Ley 1697 de 2013 de los convenios interadministrativos de gerencia de proyectos”.*

<sup>4</sup> Contrato interadministrativo de gerencia de proyectos n.º 216003-039 celebrado el 8 de febrero de 2016, entre Coldeportes, Fonade y el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín (Inder).

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta a estos interrogantes la Sala analizará en su orden los siguientes aspectos: (i) La estampilla pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia; (ii) Coldeportes – naturaleza jurídica, objeto y funciones, y (iii) los convenios interadministrativos celebrados entre Coldeportes y entidades territoriales, y los contratos de “gerencia de proyectos” suscritos entre Coldeportes, Fonade y entidades territoriales o del orden territorial, frente al tributo que se analiza.

### A. Estampilla pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia

En primer lugar, es importante advertir que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el reciente concepto n.º 2229 de 2015<sup>5</sup>, se ocupó de estudiar *in extenso* y detalladamente el origen, los elementos esenciales, la vigencia, la forma de pago y otros aspectos de este tributo, así como su aplicabilidad a diferentes tipos de entidades y contratos. Como quiera que la presente consulta recae sobre el mismo gravamen, la Sala remite a lo explicado de modo general en dicho concepto y solamente hará énfasis en algunos puntos que resultan pertinentes y relevantes para absolver las preguntas planteadas por Coldeportes. Asimismo hará algunas precisiones adicionales.

Debe recordarse que la Ley 1697 de 2013 creó este tributo, en los siguientes términos:

*“Artículo 1º. Créase y emítase la estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, con un término para su recaudo de veinte (20) años”.*

*El artículo 2º ibídem definió expresamente su naturaleza jurídica así:*

*“Artículo 2º. Naturaleza jurídica. La estampilla “Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia” es una **contribución parafiscal** con destinación específica para el fortalecimiento de las universidades estatales y que será administrada directamente por el ente autónomo en cuyo favor se impone el tributo”.* (Se resalta).

Como se aprecia, el mismo legislador se ocupó de señalar explícitamente la naturaleza jurídica de este gravamen, al calificarlo como una contribución parafiscal. Aunque pueden existir algunas dudas sobre el verdadero carácter de “contribución parafiscal” que le corresponde, a la luz de la definición que de esa clase de tributos hace el artículo 12 de la Ley 179 de 1994<sup>6</sup>, modificado por el artículo 2º de la Ley 225 de 1995<sup>7,8</sup>, y de lo que enseña la jurisprudencia y la doctrina sobre la tipificación de las tres clases principales de tributos, es decir,

5 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 2229 del 7 de diciembre de 2015.

6 “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, Orgánica de Presupuesto”.

7 “Por la cual se modifica la Ley Orgánica de Presupuesto”.

8 Que define las contribuciones parafiscales así: “Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en [la] forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable. (...)”.



impuestos, tasas y contribuciones<sup>9</sup>, la Sala considera que en esta ocasión no es necesario ni pertinente adentrarse en tal discusión, no solamente porque la Ley 1697 califica expresamente a la estampilla que nos ocupa como “contribución parafiscal”, sino especialmente porque su eventual reclasificación tributaria no tendría incidencia alguna en las respuestas a las preguntas planteadas.

Ahora bien, vale la pena recordar que para la doctrina y la jurisprudencia, los elementos esenciales de todo tributo son: el hecho gravable o generador, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la base gravable y la tarifa. Estos elementos, no solamente permiten tipificar y distinguir un tributo de otro, sino que deben ser establecidos directamente por el legislador<sup>10</sup>, en virtud de los principios de representación popular<sup>11</sup>, legalidad<sup>12</sup> y certeza en materia tributaria, tal como lo dispone el artículo 338 de la Carta Política<sup>13</sup>, entre otras normas.

En el caso de la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”, tales elementos se encuentran previstos expresamente en la Ley 1697 de 2013 así:

**Hecho generador o gravable:** Es la celebración o suscripción de contratos de obra, sus adiciones y los “contratos conexos” por parte de las entidades públicas del orden nacional señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Así lo dispone el artículo 5º de la Ley 1697 y lo confirman los artículos 8º de la misma ley y 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015<sup>14</sup>:

*“Artículo 5º (de la Ley 1697 de 2013). Hecho Generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2.*

*Parágrafo. Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación”. (Resaltamos).*

9 Se observa que el tratamiento jurídico y la clasificación de los tributos denominados “estampillas”, no han sido pacíficos en la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina. En efecto, estos tributos han sido considerados en algunas ocasiones como “impuestos” (a este respecto, puede verse el concepto de la Sala n.º 1678, del 6 de octubre de 2005); en otras, como sucede con la Ley 1697 de 2013, han sido calificados de “contribuciones” o “contribuciones parafiscales”, y en otros casos han sido tipificados como “tasas”, tal como lo considera el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV (sentencia del 5 de noviembre de 2006, exp. 14527).

10 Con excepción de las tarifas, en el caso de las tasas y las contribuciones, siempre que la ley, las ordenanzas y los acuerdos que las decreten establezcan “el sistema y el método para definir” los costos y beneficios, así como “la forma de hacer su reparto”, según lo ordenado por el segundo inciso del artículo 338 de la Constitución Política.

11 “No puede haber tributación sin representación”.

12 “Nullum tributum sine lege”.

13 “Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. (...)” (Subrayas fuera del texto).

14 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación” Este decreto compiló y subrogó las normas del Decreto 1050 de 2014, que reglamentó inicialmente la materia.

“Artículo 8º (ibídem). Base Gravable y Tarifa. El sujeto pasivo definido en el artículo 6º de la presente ley pagará por las suscripciones de los contratos de obra pública y sus conexos en función de las siguientes bases y tarifas: (...)”. (Se resalta).

“Artículo 2.5.4.1.2.1 (del Decreto 1075 de 2015). Del hecho generador. De conformidad con el artículo 5º la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados por la contribución parafiscal Estampilla Pro Universidad Nacional Colombia y demás universidades estatales de Colombia, son aquellos que cumplen con las siguientes dos (2) condiciones:

1. Ser de aquellos denominados de Obra y sus adiciones en dinero, o tratarse de sus contratos conexos. El contrato de obra es aquel celebrado para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Contratos conexos serán aquellos que tengan como objeto el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría.

2. Ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2º la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual.

(Decreto 1050 de 2014, artículo 6)”. (Negritas añadidas).

Se deduce de lo anterior que para determinar y comprender claramente el hecho generador de este tributo, es necesario precisar los elementos subjetivo y objetivo del mismo, conformados en este caso por: (a) las entidades que celebran los contratos gravados, y (b) el tipo de actos jurídicos cuya celebración genera el tributo.

En todo contrato de obra sobre un bien inmueble (incluso privada<sup>15</sup>) se distinguen dos partes: 1. El que contrata o encarga la ejecución de la obra, que generalmente (aunque no necesariamente) es el propietario, poseedor o tenedor del inmueble. Esta parte, en la contratación estatal, se denomina usualmente “contratante”, y 2. El que ejecuta o realiza la obra, que en la contratación pública se denomina comúnmente “contratista” y puede ser un arquitecto, ingeniero u otro profesional, técnico o tecnólogo facultado legalmente, una firma constructora o cualquier otra persona jurídica de derecho público o privado cuyo objeto social, legal o estatutario le permita acometer lícitamente este tipo de empresas.

Es de notar que la ley cualifica la parte contratante en esta clase de negocios, al señalar que debe ser una entidad **del orden nacional**, de aquellas definidas en el artículo 2º de la Ley 80, pero no hace lo mismo con la parte contratista.

Ahora bien, el artículo 2º, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:

“Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

15 Merece la pena recordar que el Código Civil regula el contrato de obra en el Libro 4º, Título 26, Capítulo VIII (artículos 2053 en adelante), como una modalidad del contrato de arrendamiento. A diferencia de la “obra pública” el contrato de obra previsto en el Código Civil puede recaer sobre cualquier clase de bien corporal o tangible, sea mueble o inmueble.

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.*

b) *el Senado de la República... los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*

(...)” (Resaltamos).

Como se observa, la definición de “entidades estatales” que hace la norma citada incluye entidades públicas de todos los órdenes o niveles territoriales. Sin embargo, la Ley 1697 solamente menciona a aquellas que sean “del orden nacional” y actúen como contratantes, para efectos de establecer los contratos cuya celebración genera la contribución parafiscal que nos ocupa.

Al mismo tiempo, obsérvese que la norma citada incluye algunas entidades de forma directa y específica, entre las cuales menciona a los **departamentos administrativos**, y designa a otras instituciones en forma genérica o mediante una remisión abierta a otras disposiciones constitucionales y legales. Este último es el caso de “*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*” y de “*los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos*”.

Finalmente, vale la pena recordar que, tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>16</sup> y la doctrina de esta Sala<sup>17</sup>, la calificación de una entidad como “estatal” es independiente del régimen jurídico que aplique en sus contratos, es decir, un régimen exclusivamente de derecho público, un régimen de derecho privado o, como sucede en la mayoría de los casos, un régimen mixto, conformado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones del derecho privado que resulten aplicables y a las cuales remite aquel (Código Civil, Código de Comercio y leyes especiales).

Así lo entiende también, en forma acertada, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015, cuando señala, en su numeral 2º, que una de las condiciones que deben tener estos contratos para generar el pago de la “estampilla”, es el hecho de “*ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual*” (negrillas ajenas al texto original).

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias de la Sala Plena del 23 de septiembre de 1997 (expediente S-701) y el 19 de enero de 2010 (radicación 2009-00708), y sentencia de la Sección Tercera del 30 de enero de 2008 (radicación 2005-00512-01 [32867]), entre otras.

<sup>17</sup> Por ejemplo, en los conceptos Nos. 2062 del 21 de septiembre de 2011 y 2229 del 7 de diciembre de 2015.

(b) Los negocios jurídicos cuya celebración causa el tributo son, según lo indicado, los contratos de obra, sus adiciones en dinero y aquellos que la Ley 1697 denomina “contratos conexos”.

Los primeros están definidos en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como aquellos “*que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”.

En cuanto a los “contratos conexos”, el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 dispone que se trata de aquellos cuyo objeto consista en el “*diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2º*”. Por su parte, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015 solamente incluye en esta categoría los contratos que tengan por objeto “*el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría*”, dejando de lado a los demás que señala el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80.

En relación con este asunto, debe aclararse, en primer lugar, que los contratos que tengan por objeto el mantenimiento de bienes inmuebles son considerados expresamente por la Ley 80 de 1993 (artículo 32, numeral 1º) como contratos de obra pública. Por tal razón, la Ley 1697 incurre en una impropiedad cuando los califica como “contratos conexos” al de obra, pues dichos negocios, como se indicó, son contratos de obra y no pueden ser, al mismo tiempo, conexos. Sin embargo, dicha incoherencia no altera el hecho de que la suscripción de este tipo de contratos por parte de las entidades estatales del orden nacional genera el tributo que se analiza.

En segundo lugar, es pertinente señalar que el decreto reglamentario se queda corto en la enunciación de los “contratos conexos” al de obra pública, frente a lo dispuesto sobre este punto en la ley, ya que, mientras el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 incluye en esta categoría a los “*demás [contratos] definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 2º*”, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015 solamente menciona los de interventoría, operación y diseño, dejando de lado las otras modalidades del contrato de consultoría que tipifica el artículo 32, numeral 2º de la Ley 80, en los siguientes términos:

*“2º. Contrato de Consultoría. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. (...)”* (Se destaca).

Por lo tanto, como las normas reglamentarias no pueden limitar o reducir el alcance de las disposiciones legales que reglamentan, es evidente que también deben considerarse como “contratos conexos” al de obra, para efectos de la estampilla pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia, fuera de los contratos de interventoría, operación y diseño, aquellos que celebren las entidades estatales del orden nacional y cuyo objeto sea

la realización de “*estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para... proyectos específicos*”, la prestación de “*asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión*”, o la prestación de los servicios de “*asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y... ejecución de... planos, anteproyectos y proyectos*”, siempre que el proyecto al cual se refieran tales contratos consista en la ejecución de una obra pública, esto es, en la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier otro trabajo material **sobre un bien inmueble**.

Finalmente, el artículo 5° de la Ley 1697 y el reglamento se refieren a “*sus adiciones en dinero*”, aludiendo a los contratos de obra pública. La expresión “adiciones en dinero”, aunque no resulta muy técnica, debe entenderse referida a aquellas modificaciones al contrato inicial que consisten en ampliar o adicionar el alcance del objeto inicial, sin sustituirlo ni reformarlo sustancialmente, y que impliquen o conlleven un aumento en el valor del contrato. Se aclara lo anterior porque puede darse el caso de adiciones que no impliquen un incremento en el valor del contrato, como por ejemplo, si se trata de actividades que no suponen un costo mayor para el contratista, o que se compensen con trabajos que no hayan sido y no vayan a ser ejecutados.

También podrían entenderse como “adiciones en dinero” las modificaciones que consistan exclusivamente en aumentar el valor original del contrato o los factores de los cuales depende (como los precios unitarios), sin variar el alcance del objeto estipulado o las obligaciones de las partes.

Aunque las normas citadas solamente se refieren a las “adiciones en dinero” en los contratos de obra pública, sin hacer alusión a los “contratos conexos”, observa la Sala que lo explicado en el párrafo precedente es igualmente aplicable a estos últimos contratos, por la sencilla razón de que, tal como lo ha explicado la Sala de Consulta y Servicio Civil en otras ocasiones<sup>18</sup>, la adición de un contrato estatal no es un contrato en sí mismo, como antaño se creía, sino que se trata de una convención modificatoria a un contrato vigente. Por lo tanto, en la medida en que tal modificación conlleve aumentar el valor del contrato inicial, sujeto a la “estampilla” que nos ocupa, dicha reforma implica un ajuste en la base gravable del citado tributo, que acarrea el consecuente deber de pagar las sumas adicionales que se causen por este concepto.

De lo anterior concluye la Sala que tanto las adiciones a los contratos de obra como las adiciones a los “contratos conexos”, que impliquen o generen un aumento en el valor del respectivo contrato, ocasionan el pago de la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”.

**2. . Sujeto activo:** Es la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tal como lo dispone expresamente el artículo 7° de la Ley 1697 de 2013, cuando estatuye: “*Como acreedor de la obligación tributaria del sujeto pasivo, determinado en el artículo 6° de la presente ley, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) será el sujeto activo en la relación jurídico-tributaria creada por esta ley*”. Esta condición la confirma el artí-

18 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos Nos. 1121 del 26 de agosto de 1998, 1439 del 18 de julio de 2002, 2148 del 23 de agosto de 2013 y 2149 del 2 de agosto de 2013, entre otros.

culo 2.5.4.1.2.6 del Decreto 1075 de 2015, cuando asigna expresamente a la DIAN la potestad de cobro coactivo de las sumas que se adeuden por este tributo<sup>19</sup>.

**3. Sujeto pasivo:** De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 6° de la Ley 1697, “*el tributo estará a cargo de la persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal que funja como contratista en los negocios jurídicos a que se refiere el artículo anterior*”.

**4. Base gravable y tarifa:** Están definidas en el artículo 8° de la misma ley:

*“Artículo 8°. Base gravable y tarifa. El sujeto pasivo definido en el artículo 6° de la presente ley pagará por las suscripciones de los contratos de obra pública y sus conexos, en función de las siguientes bases y tarifas: por los contratos cuyo valor esté entre 1 y 2.000 smmlv pagarán el 0.5%. Los contratos entre 2.001 y 6.000 smmlv pagarán el 1% y los contratos mayores a 6.001 smmlv pagarán el 2%.*

*Parágrafo. En cuanto no sea posible determinar el valor del Hecho Generador, definido en el Artículo 5° de la presente Ley, al momento de su respectiva suscripción, la base gravable se determinará como el valor correspondiente al momento del pago, por el término de duración del contrato respectivo”.*

Estas reglas aparecen confirmadas por el artículo 9° ibidem (“causación”), cuando establece que “*es obligación de las entidades contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de la estampilla definido según el Artículo 8° de la presente Ley*”.

De todo lo explicado hasta aquí sobre los elementos esenciales de la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”, pueden extraerse las siguientes conclusiones que resultan importantes para el análisis de la consulta planteada por coldeportes:

(i) El tributo se causa por la celebración o suscripción de contratos de obra, “contratos conexos” (como los define el artículo 5° de la Ley 1697) y sus adiciones que impliquen un aumento en el valor del contrato original, en los que actúe como parte contratante cualquiera de las entidades estatales definidas en el artículo 2°, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, **siempre que se trate de una entidad del orden nacional.**

(ii) Los “contratos conexos” incluyen, además de los de diseño, operación e interventoría, todas las modalidades del contrato de consultoría a que alude el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80, siempre que el proyecto al cual se refieran los respectivos servicios consista en la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier otro trabajo material sobre un bien inmueble.

<sup>19</sup> “Artículo 2.5.4.1.2.6. Cobro coactivo. El cobro coactivo de los recursos por Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, se realizará de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006 y estará a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), según lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1697 de 2013 sobre el acreedor de la obligación tributaria creada.

(...)

(Decreto 1050 de 2014, artículo 11)”.

(iii) La naturaleza jurídica del contratista (es decir, quien realiza o ejecuta la obra encomendada, o presta los servicios contratados, según el caso) resulta, en principio, indiferente para efectos de este gravamen. Por lo tanto, en los contratos que se relacionan en los numerales anteriores, el contratista puede ser cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o público, que tenga la capacidad legal (y, en su caso, convencional o estatutaria) para realizar los trabajos o prestar los servicios encomendados. Dicho contratista es el sujeto pasivo de la obligación tributaria sustancial, que cumple, en principio, mediante la retención del gravamen que le debe hacer la entidad contratante sobre cada pago derivado del contrato.

## **B. Naturaleza jurídica y funciones de Coldeportes. Infraestructura deportiva**

Coldeportes fue creado por el Decreto 2743 de 1968<sup>20</sup>, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, con el nombre de Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte.

Años después se expidió la Ley 181 de 1995, *“por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”*. El artículo 60 de esta ley mantuvo la naturaleza jurídica de Coldeportes como establecimiento público, pero varió su nombre, de Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte a Instituto Colombiano del Deporte; y el artículo 61 ibídem lo designó como el *“máximo organismo planificador, rector, director y coordinador del Sistema Nacional del Deporte”*.

El decreto ley 1228 de 1995<sup>21</sup>, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 181, delegó en Coldeportes la función de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos y las demás entidades que forman parte del Sistema Nacional del Deporte (artículo 34).

Finalmente, el decreto ley 4183 de 2011<sup>22</sup>, expedido por el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 1444 de 2011<sup>23</sup> (artículo 18, literales a., e. y f.), transformó a esta entidad en un departamento administrativo del orden nacional, cambió su nombre por el de Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, Coldeportes, y lo designó como rector del sector administrativo correspondiente y cabeza del Sistema Nacional del Deporte (artículo 1°).

20 *“Por el cual se crean el Consejo Nacional y el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte”*.

21 *“Por el cual se revisa la legislación deportiva vigente y la estructura de los organismos del sector asociado con objeto de adecuarlas al contenido de la Ley 181 de 1995”*.

22 *“Por el cual se transforma al Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, establecimiento público del orden nacional en el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, Coldeportes y se determinan su objetivo, estructura y funciones”*.

23 *“Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”*.

El artículo 3° del citado decreto<sup>24</sup> estableció el objeto de Coldeportes, así:

*“Artículo 3°. Objeto. El Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, Coldeportes, tendrá como objetivo, dentro del marco de sus competencias y de la ley, formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia [d]el deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la actividad física, para promover el bienestar, la calidad de vida, así como contribuir a la salud pública, a la educación, a la cultura, a la cohesión social, a la conciencia nacional y a las relaciones internacionales, a través de la participación de los actores públicos y privados”.*

Por su parte, el artículo 4° ibídem relaciona sus principales funciones, entre las cuales resulta pertinente destacar las siguientes:

*“Artículo 4°. Funciones. Para el cumplimiento de su objeto, el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, Coldeportes, cumplirá, además de las señaladas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes funciones:*

*1. Formular, coordinar la ejecución y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia del deporte, la recreación, la actividad física, y el aprovechamiento del tiempo libre.*

*2. Dirigir y orientar la formulación, adopción y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos del Sector Administrativo del Deporte, Recreación, Actividad Física, y Aprovechamiento del Tiempo Libre.*

(...)

*11. Fomentar la generación y creación de espacios que faciliten la actividad física, la recreación y el deporte.*

*12. Planificar y programar la construcción de instalaciones deportivas con los equipamientos necesarios, procurando su óptima utilización y uso de los equipos y materiales destinados a la práctica del deporte y la recreación.*

*13. Promover que los municipios expidan normas urbanísticas que incluyan la reserva de espacios suficientes e infraestructuras mínimas para cubrir las necesidades sociales y colectivas de carácter deportivo y recreativo.*

(...)

*22. Establecer criterios de cofinanciación frente a los planes y programas que respondan a las políticas públicas en materia de deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre, la educación física y la actividad física.*

<sup>24</sup> Artículo compilado actualmente en el Decreto 1085 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Deporte” (artículo 1.1.1.1.).



**24. Brindar asistencia técnica a los entes departamentales, distritales y municipales para la formulación de planes deportivos y la ejecución de proyectos relacionados con el deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física.**

**25. Celebrar directamente convenios o contratos con entidades u organismos internacionales o nacionales, públicos o privados pertenecientes al Sistema Nacional del Deporte, para el desarrollo de su objeto, de acuerdo con las normas legales vigentes.**

**27. Establecer los criterios generales de cofinanciación de los proyectos de origen regional.** (...). (Resalta la Sala).

Como se observa, la ley no asignó directamente a Coldeportes la función de construir, mantener y operar la infraestructura deportiva y, en general, las instalaciones que se requieran para el adecuado ejercicio y la práctica del deporte, la educación física, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, sino que le encargó la función de dictar políticas y criterios generales, fomentar, planificar y coordinar el desarrollo de dicha infraestructura en todo el país, así como cofinanciar y prestar asistencia técnica a los entes deportivos territoriales para los mismos efectos.

La función primeramente señalada corresponde a las entidades territoriales y, en particular, a los municipios, como lo dispone el artículo 70 de la Ley 181 de 1995:

*“Artículo 70.- Los municipios, en cumplimiento de la Ley 12 de 1986, el Decreto 77 de 1986, y la Ley 60 de 1993, tendrán a su cargo la construcción, administración y adecuación de los respectivos escenarios deportivos. El Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, dará la asistencia técnica correspondiente”.*

Para tal efecto, el artículo 85 de la misma ley autorizó a Coldeportes y a las antiguas Juntas Administradoras Seccionales de Deportes para *“ceder gratuitamente a las entidades seccionales y locales que se crean, los bienes, elementos e instalaciones destinadas al cumplimiento de su objeto”.*

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no descarta que Coldeportes, en calidad de entidad contratante, pueda contratar la construcción, ampliación o remodelación de ciertas instalaciones deportivas, pues además de contar con capacidad de contratación, como lo prevé el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (artículo 2º, numeral 1º), la Ley Orgánica de Presupuesto<sup>25</sup> (artículo 110) y el Decreto 4183 de 2011 (artículo 4º, numeral 25), este tipo de actos jurídicos podría constituir en ciertos casos un medio necesario y adecuado para el cumplimiento de su objeto legal, como por ejemplo, cuando se trate de obras prioritarias y de interés nacional.

De todo lo anterior se concluye que la función de levantar, mantener y operar la infraestructura deportiva que requiere el país no compete principalmente a Coldeportes, sino a las entidades territoriales, y especialmente a los municipios, que para tal efecto pueden celebrar los contratos de obra, de interventoría y los demás que sean necesarios. No obstante, Colde-

<sup>25</sup> Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, compiladas en el Decreto 111 de 1996.

portes también está facultado excepcionalmente para suscribir este tipo de contratos, ya sea para la construcción, adecuación o mantenimiento de los edificios destinados a su propio funcionamiento, o bien para la ejecución de instalaciones deportivas que resulten prioritarias o estratégicas y de alto interés nacional.

### **C. Los convenios interadministrativos celebrados entre Coldeportes y las entidades territoriales, y entre estos y Fonade, en relación con la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”**

En la consulta inicial se afirma que Coldeportes, en ejercicio de sus funciones, ha suscrito convenios interadministrativos con diferentes entidades del orden territorial para la ejecución de proyectos de construcción, mejoramiento o remodelación de la infraestructura deportiva, en los que tales entidades se encargan de ejecutar o contratar los trabajos necesarios, mientras que Coldeportes se compromete a prestarles asistencia técnica, a cofinanciar y, en general, a “viabilizar” los respectivos proyectos.

En la ampliación de la consulta se sostiene que Coldeportes también celebra esa clase de contratos (interadministrativos), para los mismos fines, con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) y entidades territoriales o descentralizadas del orden territorial.

La Sala ha manifestado en ocasiones anteriores<sup>26</sup>, apoyada parcialmente en la jurisprudencia de esta corporación<sup>27</sup>, que los denominados “convenios interadministrativos” no constituyen en nuestro ordenamiento jurídico una categoría jurídica autónoma e independiente del contrato estatal, sino que, por el contrario, se trata de un **tipo o clase de contrato estatal**, que tiene la particularidad de celebrarse entre entidades públicas, pero que, al igual que los contratos suscritos entre entidades estatales y particulares, genera obligaciones (usualmente para las dos partes) que pueden ser exigidas judicialmente y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad patrimonial de la parte incumplida.

La existencia de este tipo de contratos estatales se justifica fundamentalmente por el principio constitucional y legal de coordinación y colaboración entre las ramas, entidades, órganos y organismos del Estado para el cumplimiento de sus fines<sup>28</sup>. Por tal razón y por la consideración de que las dos partes en estos actos jurídicos se presumen en condiciones de igualdad, la ley otorga a tales contratos un tratamiento especial en determinados aspectos, como el proceso de selección, la no obligatoriedad de garantías, etc.

En esa medida, lo primero que debe aclararse es que los negocios jurídicos a los cuales se refiere la consulta son contratos estatales, celebrados, en un caso, entre Coldeportes y entidades territoriales, y en otro caso, entre Coldeportes, Fonade y entidades territoriales o descentralizadas del nivel territorial, los cuales se sujetan en ambos casos a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en lo no previsto allí (por

26 Sobre la naturaleza jurídica y los efectos de los convenios o contratos interadministrativos, pueden consultarse, entre otros, los siguientes conceptos de esta Sala: 1746-1747 (acumulados) del 15 de junio de 2006, 1881 del 30 de abril de 2008, 1982 del 25 de marzo de 2010, 2234 del 22 de abril de 2015 y 2269 del 17 de septiembre de 2015.

27 Ver, en especial, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 7 de octubre de 2009, expediente n.º 35.476, y del 23 de junio de 2010, radicación n.º 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860).

28 Artículos 113 y 209 de la Constitución Política, y 6º y 95 de la Ley 489 de 1998, entre otros.

ejemplo, en lo atinente a las obligaciones de las partes y a la responsabilidad derivada de su incumplimiento), a las disposiciones del derecho privado que resulten aplicables.

Ahora bien, la tipificación de un contrato, es decir, su clasificación en algunos de los tipos que describe y regula la ley, depende principalmente de su objeto, esto es, del conjunto de derechos y obligaciones que las partes adquieren y asumen en virtud de su celebración, aunque vale la pena aclarar que algunas veces la causa, es decir, el motivo o fin determinante que lleva a las partes a contratar, incide también en dicha tipificación. Para clasificar entonces los “convenios interadministrativos” a los cuales se refiere la consulta, es necesario analizar en primer lugar su objeto.

En reunión sostenida por la Sala con funcionarios de Coldeportes el 16 de febrero de 2016, se informó que ese departamento administrativo celebra dos (2) clases o tipos de contratos para cofinanciar y apoyar el desarrollo de la infraestructura deportiva en las regiones: (i) “convenios interadministrativos” suscritos por Coldeportes con entidades territoriales (municipios y/o departamentos), y (ii) contratos interadministrativos de “gerencia integral de proyectos” celebrados por Coldeportes con Fonade y entidades territoriales (o sus descentralizadas).

De acuerdo con lo solicitado por la Sala en dicha reunión, Coldeportes envió una muestra de cada una de estas clases de negocios, compuesta por diez (10) convenios interadministrativos con entidades territoriales<sup>29</sup> y dos (2) contratos de gerencia de proyectos celebrados con Fonade y entidades del orden territorial<sup>30</sup>.

El análisis integral de la información y los documentos aportados por la entidad consultante permitirá formular algunas consideraciones sobre cada una de estas modalidades de contratos, así como sobre el efecto que la suscripción de los mismos produce en relación con la estampilla regulada por la Ley 1697 de 2013:

### **1. Convenios interadministrativos celebrados por Coldeportes con entidades territoriales<sup>31</sup>**

El objeto de estos contratos, descrito en la cláusula primera, consiste en “*anunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre Coldeportes, el departamento \_\_\_\_\_, [y] el municipio \_\_\_\_\_ para ejecutar el proyecto denominado...*”. En relación con las obligaciones de las partes, vale la pena mencionar las siguientes:

29 Los contratos números 303 (con el municipio de El Agrado – Huila), 306 (con el municipio de Zipaquirá – Cundinamarca), 315 (con el municipio de Supía - Caldas), 419 (con el municipio de Cunday – Tolima), 498 (con el municipio de Miranda – Cauca), todos del año 2014, y 161 (con el municipio de Prado – Tolima), 162 (con el Departamento del Tolima, el municipio de Ibagué y el Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué –IMDR), 427 (con el Departamento del Chocó), 441 (con el Municipio de Libano y el Departamento del Tolima) y 442 (con el municipio de Libano – Tolima), estos últimos de 2015.

30 El contrato n.º 571 (o 215081) del 25 de noviembre de 2015, suscrito entre Coldeportes, Fonade y el Departamento del Chocó, y el contrato n.º 216003-039 del 8 de febrero de 2016, entre Coldeportes, Fonade y el Instituto de Deportes y Recreación de Medellín (Inder).

31 Para el análisis que sigue se tomó como referencia el convenio interadministrativo n.º 441-2015, celebrado entre Coldeportes, el departamento del Tolima y el municipio del Libano.

### **A. Obligaciones del municipio (cláusula sexta):**

a) *“Ejecutar el objeto del convenio, ajustándose al proyecto final presentado y viabilizado por Coldeportes...” (literal a), numeral 1).*

b) *“Cumplir el objeto del convenio con sujeción a las normas técnicas de construcción vigentes, de conformidad con la programación y presupuesto viabilizado por Coldeportes” (literal a., numeral 6).*

c) *“A partir de la suscripción del acta de inicio, el municipio se compromete a ejecutar el cronograma contenido en el proyecto de inversión que incluye las etapas precontractual y contractual” (literal a., numeral 7).*

d) *“Coordinar y gestionar todo el proceso administrativo, técnico y jurídico de ejecución del proyecto que soporta el objeto del convenio, en las etapas precontractual, contractual y de liquidación, incluida la interventoría...” (literal a), numeral 12).*

e) *“... prever los riesgos que durante las etapas de planeación, selección del contratista, ejecución o liquidación contractual se puedan presentar, así como aquellos que eventualmente puedan afectar el equilibrio económico del contrato que suscriba para la ejecución de las obras e interventoría... con el fin de asegurar los fines que el estado (sic) persigue con la contratación e incorporar su regulación en los procesos de selección que adelante...” (literal a), numeral 15).*

f) *“Exigir a los contratistas tanto de obra como de interventoría, en el contrato que se suscriba para cumplir el objeto además de las garantías inherentes al mismo, las garantías de calidad, estabilidad de obra, de responsabilidad civil extracontractual y de pago de salarios, prestaciones... e incluir como beneficiario a Coldeportes y al municipio...” (literal a), numeral 17).*

*“Coordinar, revisar y preparar la liquidación del contrato de obra y de interventoría, de conformidad con las normas generales de contratación pública vigentes” (literal a), numeral 18).*

*“Las actividades que se desarrollarán en ejecución del convenio las realizará de forma independiente el municipio... utilizando sus propios medios con total autonomía administrativa, sin que medie subrogación jurídica entre el Departamento (sic) y Coldeportes...” (literal a), numeral 23).*

*“Destinar la totalidad de los recursos que reciba de Coldeportes, única y exclusivamente, para los fines propuestos en el objeto del convenio” (literal b), num. 1).*

*“Asignar y/o aportar los inmuebles sobre los cuales se ejecutaran (sic) las obras...” (literal b), numeral 2).*

*“Iniciar los procesos precontractuales de obra e interventoría, dentro de los 10 días calendario después de iniciado el convenio, con el fin de seleccionar el contratista de obra e Interventoría, cumpliendo con la normatividad vigente” (literal b), numeral 3).*

*“Asumir con sus propios recursos los valores que puedan generarse como consecuencia de la actualización de precios del proyecto viabilizado por Coldeportes y los valores mayores que se*

generen por concepto de variación de cantidades de obra e ítems no previstos que superen el valor del convenio” (literal b, numeral 5).

“Los procesos administrativos de selección de contratistas que se desarrollen para el cumplimiento del objeto del convenio a celebrar, se adelantarán para seleccionar de forma individual el ejecutor del proyecto de infraestructura objeto del convenio, lo mismo que para su interventoría...” (literal b), numeral 18).

“Recibir jurídica y materialmente la infraestructura deportiva derivada de la ejecución del convenio, e incorporar fiscalmente la misma a sus inventarios” (literal b), numeral 19).

## **B. Obligaciones de Coldeportes (cláusula octava):**

a. “Concurrir en las actividades de conceptualización, estructuración, planificación e intercambio de argumentos a que haya lugar para la buena ejecución del proyecto” (numeral 1).

b. “Entregar al Ente Ejecutor, los recursos económicos estipulados en el convenio en la forma pactada” (numeral 2).

c. “Designar el supervisor del convenio, quien se encargará de la supervisión y el seguimiento técnico, administrativo, jurídico y financiero al desarrollo de las actividades del convenio, de acompañar el proceso, y de las gestiones necesarias para alcanzar el éxito del objeto del convenio” (numeral 4).

También resulta esclarecedor transcribir lo pactado en la cláusula segunda:

“**CLÁUSULA SEGUNDA. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS:** Las descritas en los estudios, memorias técnicas de diseño y en las actividades presentadas en el presupuesto entregadas por el MUNICIPIO a Coldeportes y viabilizadas por este, resumidas de la siguiente manera: Actividades: Desarrollar acciones necesarias para materializar una obra pública - seguimiento a la materialización de la inversión mediante la contratación y supervisión de consultoría para la interventoría al contrato de obra pública a celebrar:

(...) El proyecto objeto del convenio se ejecutará teniendo en cuenta las especificaciones y características técnicas del proyecto presentado por EL MUNICIPIO y viabilizado por Coldeportes según la ficha técnica respectiva que hace parte del convenio, desarrollado bajo su propia y absoluta responsabilidad, lo cual será verificado por la(s) Interventoría(s) que contrate para el efecto. Si EL MUNICIPIO pretende ejecutar obras adicionales a las establecidas en el proyecto de inversión y que sean requeridas para el cumplimiento del mismo deberá asumirlos con sus propios recursos”. (Negrillas del original).

Por otra parte, en la cláusula tercera se define el valor del convenio interadministrativo, que corresponde al monto de los recursos necesarios para ejecutar el proyecto o los proyectos objeto del mismo, suma de dinero que es aportada por Coldeportes (en su mayor parte) y la entidad o las entidades territoriales que suscriben el convenio (en menor proporción). En el párrafo de dicha cláusula se expresa que el municipio “deberá realizar la obra que comprende el objeto del proyecto con los recursos establecidos como aportes de las partes, siendo

*el MUNICIPIO el único responsable por la generación de costos adicionales por cualquier concepto, incluida entre estas la mayor permanencia en la obra y las actividades necesarias para lograr un equilibrio económico ante la ruptura del mismo*". (Negrilla ajena al texto original).

En la cláusula quinta (desembolso), vale la pena citar lo que estipula el párrafo primero:

*"PARÁGRAFO PRIMERO. Teniendo en cuenta la naturaleza del negocio jurídico estatal que se celebrará (sic), se entiende que Coldeportes no realizará ningún tipo de pago al MUNICIPIO del proyecto (sic), lo que se realizará corresponde a un desembolso de recursos a la cuenta bancaria abierta para el efecto por el MUNICIPIO, el cual será responsable de la ejecución del proyecto objeto del convenio y el adecuado manejo y administración de los recursos públicos allí depositados"*. (Se resalta).

Como se puede deducir del análisis de los convenios interadministrativos enviados a la Sala y, en particular, de las cláusulas citadas, estos negocios jurídicos están estructurados, en general, de la siguiente manera:

(i) La entidad territorial presenta a Coldeportes un proyecto para el desarrollo (construcción, adecuación, mejoramiento o remodelación, entre otros) de una determinada infraestructura deportiva en un bien inmueble de su propiedad. Tal proyecto debe tener algún grado de detalle (de acuerdo con los estudios, diseños, memorias técnicas, presupuestos y otros documentos que se aporten).

(ii) Coldeportes estudia el proyecto y si corresponde a su objeto, funciones y políticas en materia de infraestructura deportiva, lo "viabiliza", lo cual, a nuestro entender, significa que efectúa las revisiones, correcciones, ajustes y complementaciones que requiera, desde el punto de vista técnico, administrativo, jurídico y financiero, para que el proyecto respectivo pueda ejecutarse en la realidad. Estas actividades las realiza Coldeportes en forma previa a la suscripción del convenio interadministrativo.

(iii) Una vez suscrito el contrato, Coldeportes asume principalmente dos clases de obligaciones frente al municipio: *a) De dar* una suma de dinero, por el valor, en la forma y en los plazos acordados, lo cual corresponde propiamente a la cofinanciación, y *b) de hacer*, que se refiere principalmente a la supervisión técnica, administrativa, jurídica y financiera del proyecto en sus etapas de contratación, ejecución y liquidación, así como al acompañamiento y asistencia al municipio durante las mismas etapas.

(iv) Por su parte, a la entidad territorial y, más específicamente al municipio en cuyo territorio se realice el proyecto, le corresponde el resto de actividades y obligaciones necesarias para que este se materialice, entre las cuales se destacan las de asignar y entregar el inmueble respectivo; aportar los recursos adicionales que se requieran; contratar la construcción o ejecución de la obra y su interventoría con personas naturales o jurídicas legalmente capaces e idóneas; supervisar el cumplimiento de dichos contratos, y recibir, incorporar en sus activos y poner en funcionamiento la obra terminada.

De acuerdo con lo anterior, es pertinente mencionar, en primer lugar, que los contratos de cofinanciación<sup>32</sup> no pueden ser calificados como contratos de obra ni “conexos”, según lo definido por la Ley 1697 de 2013 (artículo 5º) y su decreto reglamentario, pues el objeto de estos acuerdos no corresponde a ninguno de los que se menciona en las normas citadas, por lo cual la celebración de ese tipo de contratos por parte de entidades estatales no genera la obligación de pagar el tributo que nos ocupa. Sobre este preciso punto, la Sala manifestó lo siguiente en el concepto n.º 2229 antes referido:

*“E. El contrato de obra y sus contratos conexos para efectos de la estampilla. La Ley 80 de 1993 en el artículo 32, numeral 1 define que “son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de la ejecución y pago... (...)*

*Nótese que el artículo 5º de la Ley 1697, al referirse al hecho generador contempla como conexos a los contratos de diseño, operación, mantenimiento o interventoría y los definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2, es decir los de consultoría que tengan como objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*

*Lo anterior implica que en aras de garantizar la aplicación de los principios de predeterminación y certeza de los tributos –que se explican más adelante– solo los contratos de obra y los conexos mencionados por el artículo 5º descrito pueden ser hechos generadores de la estampilla. (...) Así las cosas, comoquiera que los convenios interadministrativos para el traslado de recursos para financiación o cofinanciación de obras no son conexos al de obra, no pueden ser gravados” (Negrillas añadidas).*

Y en las respuestas de dicho concepto se puede leer:

*“8. ¿Los convenios interadministrativos suscritos entre entidades del orden nacional y entidades del orden territorial por medio de los cuales se trasladan a estas últimas recursos de las primeras para la financiación o cofinanciación de obras, deben ser gravados con la estampilla?*

*Los convenios interadministrativos por medio de los cuales se trasladen recursos no son contratos de obra ni conexos y, por lo tanto, no deben ser gravados con la estampilla” (Se resalta).*

Vale la pena mencionar que en ese concepto también se afirmó que los contratos de obra y “conexos” celebrados por las entidades territoriales con recursos recibidos mediante cofinanciación, tampoco causan la estampilla creada por la Ley 1697 de 2013, pues no son suscritos por entidades públicas del orden nacional.

Ahora bien, no resulta tan clara la conclusión anterior en cuanto atañe al segundo componente del objeto de los convenios interadministrativos que se menciona, es decir, al que

<sup>32</sup> Sobre la naturaleza y los efectos jurídicos de los contratos o convenios interadministrativos de *cofinanciación*, puede consultarse, entre otros, el concepto de la Sala n.º 2238 del 11 de marzo de 2015.

está conformado por las obligaciones de hacer previamente descritas, pues algunas de estas podrían llegar a calificarse como una especie de “asesoría” técnica, financiera, jurídica y administrativa para la ejecución de un proyecto, y en esa medida, constituirían uno de los objetos posibles del contrato de consultoría tipificado en el artículo 32, numeral 2º de la Ley 80 de 1993, al cual remite el artículo 5º de la Ley 1697.

Sin embargo, tal afirmación no sería suficiente para concluir que la suscripción de dichos contratos interadministrativos entre Coldeportes y los municipios, coincide con el hecho generador de la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia” y que da lugar, por lo tanto, al pago de la respectiva obligación pecuniaria, debido a las siguientes razones:

(i) En primer lugar, porque la parte que presta la asesoría mencionada es Coldeportes y quien la recibe y se beneficia directamente de ella es la entidad territorial respectiva.

Aunque la terminología de “contratante” y contratista” es usual y utilizada comúnmente en los contratos celebrados por las entidades estatales con particulares, tales expresiones no son comunes ni fáciles de emplear en los contratos interadministrativos, que normalmente no son remunerados y en los cuales las dos partes (entidades públicas) se entienden puestas en una situación de igualdad y asumen obligaciones que corresponden al desarrollo de su objeto y funciones legales, con miras al logro de un objetivo común de interés público. No obstante, si utilizáramos dicha terminología para calificar a las partes en los convenios interadministrativos que se analizan y, particularmente, respecto de las obligaciones de hacer que pudieran tipificarse como “consultoría”, resultaría forzoso concluir que en dicho caso **la entidad contratante sería el municipio**, quien es el que solicita y se beneficia directamente con el servicio prestado, mientras que **Coldeportes haría las veces de contratista**, pues es la dependencia que presta o ejecuta dicho servicio.

El análisis anterior conduce a concluir que, aun respecto de tales obligaciones contractuales, el tributo creado por la Ley 1697 de 2013 no podría causarse, ya que en este caso la entidad estatal contratante de la aparente “consultoría” **no es una entidad del orden nacional, sino una entidad territorial** (el respectivo municipio). En esa medida, por estar ausente el elemento subjetivo del hecho gravable descrito en la ley, tal como se explicó previamente, no puede nacer la consecuente obligación tributaria.

(ii) En segundo lugar, porque debe tenerse en cuenta que en los contratos interadministrativos que se analiza, los servicios o prestaciones ofrecidos por Coldeportes que podrían llegar a ser calificados como una modalidad de “consultoría”, no son remunerados; es decir, que dicha entidad no recibe honorarios o contraprestación económica alguna por tales “servicios”. En esa medida, aun si llegare a sostenerse, en gracia de discusión, que dichos contratos encajan parcialmente en el hecho generador de la estampilla, no podría causarse tampoco la obligación de pagar dicha “contribución”, porque no existiría base gravable, la cual, como se explicó, es otro de los elementos esenciales de cualquier tributo. Vale la pena aclarar que lo que se estipula en estos contratos como “valor del convenio” (cláusula tercera), corresponde al monto de la cofinanciación, es decir, al valor total estimado del proyecto que se reparte entre Coldeportes y la entidad o las entidades territoriales que concurren. Esa cifra no puede ser considerada como “base gravable” de la estampilla pro Universidad Na-



cional y demás universidades estatales de Colombia, porque se refiere a un tipo de negocio jurídico que no constituye el hecho generador de este gravamen.

(iii) Finalmente, porque debe reiterarse que algunas de las labores que ejecuta Coldeportes en estos casos, particularmente aquellas relacionadas con lo que se denomina en los convenios la “*viabilización*” de los proyectos, esto es, la revisión, el ajuste, la corrección o la complementación de los mismos, con el fin de poderlos materializar, son realizadas por dicho departamento administrativo en forma previa a la suscripción del contrato, en desarrollo de las funciones que legalmente le han sido asignadas. Por lo tanto, tales actividades y “servicios” no forman parte realmente del objeto de los citados convenios interadministrativos, a diferencia de otras obligaciones de hacer que sí surgen de los mismos, pero a las cuales se aplican, en todo caso, las consideraciones efectuadas en los dos numerales precedentes.

## **B. Contratos interadministrativos de gerencia integral de proyectos celebrados entre Coldeportes, Fonade y entidades territoriales o del orden territorial**

Al margen de los convenios interadministrativos que se ha descrito en el punto anterior, Coldeportes celebra otra clase de contratos interadministrativos para el desarrollo de proyectos de infraestructura deportiva. Estos últimos se suscriben con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) y con la entidad territorial directamente interesada en la obra, o alguna de sus descentralizadas.

Vale la pena recordar que Fonade es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objeto principal consiste en “*ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas*”, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 288 de 2004<sup>33</sup> y el artículo 1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015<sup>34</sup>.

Conforme al artículo 3º del Decreto 288 de 2004, Fonade puede realizar las siguientes actividades, entre otras, en desarrollo de su objeto: “*promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales*” (numeral 3.1); “*celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos*” (numeral 3.6); “*prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo*” (numeral 3.9); “*prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión*” (numeral 3.10), e “*impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo*” (numeral 3.11).

En cumplimiento de su objeto legal y de estas funciones, así como de las atribuciones que constitucional y legalmente les compete a los departamentos y municipios, y legalmente a Coldeportes, Fonade ha suscrito con tales entidades públicas contratos interadministrativos

33 “Por el cual se modifica la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y se dictan otras disposiciones”.

34 “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”.

de “*gerencia integral de proyectos*” para el desarrollo de infraestructura deportiva en algunas regiones del país.

De acuerdo con los documentos enviados por la dependencia consultante, estos contratos tienen las siguientes características y estipulaciones<sup>35</sup>, que resultan relevantes para la presente consulta:

o) En el numeral 8 de las consideraciones, se describe de manera general el papel que juega cada una de las partes que los suscriben, así: (i) La entidad territorial (que en el contrato analizado es un departamento) se encarga de formular los proyectos de inversión; de ejecutar los “*componentes de pre-inversión*” (obtener las licencias que se requieran, verificar la existencia de las condiciones jurídicas, urbanísticas y de acceso a los servicios públicos del inmueble en donde se vaya a ejecutar el proyecto, y efectuar su entrega al constructor); de recibir material y jurídicamente la obra, una vez terminada; de ingresarla fiscalmente a sus inventarios, y de administrar, asegurar, dar al servicio y mantener las respectivas instalaciones; (ii) Fonade actúa como gerente del proyecto, y (iii) Coldeportes confluye como entidad “*facilitadora*” de la inversión, financiando o cofinanciando los proyectos y verificando “*documentalmente*” la consistencia presupuestal, la factibilidad, la pertinencia y el alcance de los mismos.

p) En la cláusula primera se describe el objeto general de estos contratos, consistente en que Fonade se compromete a realizar la gerencia de los proyectos de infraestructura deportiva en la respectiva entidad territorial.

q) En la cláusula segunda (especificaciones técnicas) se estipula que las especificaciones iniciales del proyecto están contenidas en los estudios, memorias técnicas de diseño y demás documentos elaborados por la entidad territorial como “*responsable de la formulación del proyecto*”, documentos y estudios que son revisados y “*afinados*” por Fonade en desarrollo de la fase inicial del contrato de gerencia, denominada “*consultoría de revisión y afinamiento de los proyectos*”. En la misma cláusula se afirma lo siguiente sobre el objeto general del contrato: “*El propósito del contrato es formalizar los términos del otorgamiento de apoyo financiero por el monto definido por las partes, para financiar la fase de construcción de los proyectos previamente indicados, los cuales se describen en los anexos del contrato (Proyectos), esto al igual que establecer el marco contractual de acción de la gerencia del proyecto. (...) Actividades: Desarrollar acciones necesarias para materializar una obra pública – seguimiento a la materialización de la inversión mediante la contratación y supervisión de consultoría para la interventoría al contrato de obra pública a celebrar*”.

r) En la cláusula tercera se indica la cuantía del contrato, la cual está compuesta por el costo de las obras a ejecutar, el valor de la interventoría y **la contraprestación por el servicio de gerencia** ofrecido por Fonade (cláusula segunda). Esta última incluye, a su vez, el valor de la revisión de los diseños durante la llamada “*fase preconstructiva*”. Todas estas sumas de dinero son asumidas por Coldeportes y pagadas a Fonade.

s) La cláusula quinta contiene las obligaciones que asume Fonade, entre las cuales merece la pena destacar las siguientes: (i) Realizar la gerencia integral de los proyectos señalados,

35 Se toma como referencia el contrato n.º 571 (215081) del 25 de noviembre de 2015, suscrito por Fonade, Coldeportes y el Departamento del Chocó.

**bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad**, para lo cual proporcionará la asistencia y acompañamiento técnico, jurídico y financiero a que haya lugar, así como realizar las gestiones de coordinación y control que la ejecución de cada proyecto demande y las actividades necesarias para el manejo financiero de los recursos destinados a su desarrollo (numerales 1 y 2); (ii) designar a un gerente para el proyecto (numeral 4); (iii) realizar una fase inicial de revisión, calibración y ajuste del contenido de los proyectos y sus diseños, y articular lo que sea necesario con la entidad responsable de los mismos, para que puedan ser ejecutados con el menor riesgo posible para las entidades estatales involucradas (numeral 6); (iv) adelantar, bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad, los trámites precontractuales y contractuales que sean necesarios para llevar a cabo los procesos de selección y contratación de las personas que vayan a ejecutar el objeto del contrato (numeral 7); (v) efectuar todas las gestiones necesarias para realizar el objeto contractual, ante personas y entidades públicas y privadas (numeral 8); (vi) cumplir con el objeto del convenio en la forma, el tiempo y con los lineamientos acordados y señalados en la propuesta presentada por Fonade (numeral 9); (vii) establecer como beneficiario de las garantías de estabilidad de las obras que se ejecuten a la respectiva entidad territorial (numeral 28), y (viii) exigir a los subcontratistas o contratistas derivados que contrate para la ejecución y la interventoría de los trabajos, las estipulaciones y condiciones a las que se refieren los numerales 21 (deberes frente al sistema general de seguridad social), 26 (previsión y manejo de riesgos) y 33 (garantías) de esta cláusula.

t) En la misma cláusula (numeral 33) y en otras, Fonade es calificado expresamente como el “organismo ejecutor” o el “Ente Ejecutor”.

u) En punto a las obligaciones de Coldeportes, previstas en la cláusula séptima, vale la pena resaltar las de *“concurrir en las actividades de conceptualización, estructuración, planificación e intercambio de argumentos para la buena ejecución del contrato”* (numeral 1), y *“entregar al Ente Ejecutor, los recursos económicos estipulados en el contrato, en la forma pactada...”* (numeral 2).

v) En la cláusula decimocuarta, Fonade se obliga a constituir una garantía única que ampare los siguientes riesgos: cumplimiento, calidad del servicio y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

w) En la cláusula decimoséptima (“partes independientes”), se expresa, entre otras cosas, que *“la responsabilidad en la operación, ejecución y desarrollo de los proyectos de inversión objeto del presente contrato será exclusiva de Fonade”*.

x) Y finalmente, en la estipulación número 24 (prohibición de cesión y subcontratos), se pacta que *“Fonade deberá suscribir los contratos que requiera para facilitar la ejecución de las obligaciones previstas bajo este contrato, estableciendo reglas justas, claras y completas que garanticen la selección objetiva y la transparencia en la ejecución de los recursos, con las personas naturales y jurídicas que tengan la idoneidad y la capacidad para la actividad subcontratada”*.

Todo lo anterior permite concluir que el objeto de los contratos de “gerencia integral de proyectos” para el desarrollo de infraestructura deportiva que celebra Coldeportes con Fonade y entidades territoriales, corresponde claramente (en forma total o parcial) con la defini-

ción de los contratos de consultoría que hace el artículo 32, numeral 2º de la Ley 80 de 1993, especialmente con los indicados en el inciso segundo de dicho numeral, es decir, aquellos cuyo objeto consiste en la “... *asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y... ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos*” (se resalta).

En consecuencia, dichos contratos, celebrados por una entidad estatal del orden nacional (Coldeportes) con otra entidad de la misma clase (Fonade)<sup>36</sup> y con una o varias entidades territoriales, deben ser considerados como contratos “conexos” al de obra, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 y en el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015, pues, aparte de que su objeto coincide (total o parcialmente) con el definido en el artículo 32, numeral 2º de la Ley 80 de 1993, tales negocios son onerosos o remunerados, recaen sobre la ejecución de proyectos en bienes inmuebles y son celebrados por una entidad pública del orden nacional que actúa como contratante (Coldeportes).

Vale la pena resaltar que a la misma conclusión llegó la Sala en el citado concepto n.º 2229 de 2015, en cuya parte considerativa se afirmó:

*“Para el caso de los negocios jurídicos que tienen como objeto contratar la gerencia de proyectos de infraestructura, es claro que la ley de creación de la estampilla, al remitirse al artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, considera como conexos a los contratos de consultoría que tengan como objeto la gerencia de obra, y en tal medida se les debe aplicar la tarifa establecida”.*

Y en las respuestas del mismo documento se sostuvo:

*“5. ¿Los negocios jurídicos que tienen como objeto contratar la gerencia de proyectos de infraestructura pueden ser considerados contratos conexos de obra?”*

*Los contratos de gerencia de obra o de proyectos de infraestructura son contratos conexos al de obra”.*

Es pertinente aclarar, sin embargo, que la Sala ha estudiado en el pasado este tipo específico de negocios jurídicos celebrados por Fonade, llegando a la conclusión de que se trata de contratos atípicos, pues además de las actividades propias de la consultoría, que generan *obligaciones de medio*, Fonade asume en estos contratos *obligaciones de resultado*, como es la de entregar un edificio u otro bien terminado, que parecen más propias del contrato de obra. Así lo concluyó en el concepto n.º 1881 de 2008<sup>37</sup>, reiterado en el n.º 1994 de 2010<sup>38</sup>. En el primero de los documentos citados se analizó la interpretación que debía darse a ciertos “contratos de gerencia integral de proyectos” celebrados por Fonade con un ministerio, y se dijo:

*“Advierte la Sala que la aplicación que ha hecho de las disposiciones contenidas en el Código Civil obedece a que el contrato llamado de gerencia integral de proyectos, es un contrato atípico, pues si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, enlista como uno de los objetos posibles del contrato de consultoría, el de la “gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación*

36 Aunque la primera sea un departamento administrativo y la segunda, una empresa industrial y comercial del Estado.

37 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 1881 del 30 de abril de 2008.

38 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 1994 del 20 de mayo de 2010.

***y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos***”, la prestación a cargo del consultor está constituida fundamentalmente por servicios inmateriales, ***mientras que, teniendo en cuenta la descripción que se ha hecho de él y los documentos revisados, en el contrato de gerencia integral de proyectos Fonade “asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él”***. (Se destaca).

Asimismo, resulta ilustrativo citar algunas de las consideraciones que sobre la naturaleza de esta clase de contratos hizo el tribunal de arbitramento que dirimió las controversias entre el Banco de la República y Fonade<sup>39</sup> en relación con la ejecución y terminación de un contrato de “gerencia integral de proyectos” celebrado entre las mismas partes, mediante laudo del 8 de mayo de 2012:

*“32. Para esclarecer a qué corresponde un “contrato de gerencia integral de proyectos” dentro de las categorías conocidas en el medio colombiano, es útil acudir, para fines de ilustración, al ya derogado Decreto 222 de 1983, que clasificó los contratos de obra según la forma de pago,<sup>40</sup> así:*

*“Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:*

- 1. Por un precio global;*
- 2. Por precios unitarios, determinando el monto de la inversión;*
- 3. Por el sistema de administración delegada;*
- 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y*
- 5. Mediante el otorgamiento de concesiones”<sup>41</sup>*

***33. De estas modalidades el Convenio combina tres, sin corresponder exactamente a ninguna:***

*a) De los contratos a precio global, el Convenio responde a la definición del artículo 88 del decreto en referencia, en cuanto a que el contratista “es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos”, pero no responde a que el contratista recibe como “remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios” (...)*

*b) De los contratos de administración delegada, el Convenio responde a la caracterización de los artículos 90 y 91 ibídem, en cuanto a que el contratista “se encarga de la ejecución del objeto del convenio... es el único responsable de los subcontratos que celebre [y toma] bajo su*

39 Conformado por los doctores Nicolás Gamboa Morales (Presidente), Juan Caro Nieto y Emilio José Archila Peñalosa.

40 “[38] El actual estatuto de contratación pública (Ley 80 de 1993 y sus modificaciones) solo trae en su artículo 32 caracterizaciones genéricas y a título enunciativo de las siguientes modalidades de contratos estatales: “obra”, “consultoría”, “prestación de servicios”, “concesión” y “encargos fiduciarios y fiducia pública”.

41 “[39] Artículo 82”.

responsabilidad la dirección técnica de la obra”, *pero no responde a que en los subcontratos el contratista actúa “por cuenta y riesgo del contratante” (...)*

*c) De los contratos por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, el Convenio responde a la definición del artículo 101 in fine en cuanto a que “el contratista, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones a que se comprometió y... con la periodicidad acordada, la entidad contratante le va reintegrando los gastos comprobados y le paga los honorarios causados”, pero no responde a que el contratista asuma los costos iniciales “con cargo a sus propios recursos” (...)*

*38. Si bien, como se anotó, el Convenio no encaja exactamente dentro de ninguna de las categorías contractuales anteriormente definidas en el Decreto 222 de 1983, a la que más se asemeja es a la de un contrato de administración delegada,<sup>42</sup> porque si bien en sus subcontratos Fonade no actuaba como mandatario directo del dueño, su responsabilidad esencial era la dirección técnica de las obras”. (Negritas añadidas).*

Como se aprecia, la interpretación que los árbitros hicieron de esta clase de contratos y, en particular, del negocio que dio origen a la controversia respectiva, coincide parcialmente con lo manifestado por la Sala de Consulta en el referido concepto 1881, en el sentido de que se trata de contratos que no pueden ser tipificados claramente, pues involucran obligaciones que responden a varios tipos de contratos (entre ellos el de obra).

En todo caso, el hecho de que los contratos de esta clase celebrados por Fonade con otras entidades públicas sean considerados como simples contratos de consultoría, como contratos de obra, o bien como “contratos atípicos”, conforme a lo explicado previamente, no cambia la conclusión a la que se ha llegado, en el sentido de que la celebración de estos negocios genera el pago del tributo que se analiza, pues aún bajo la última de las interpretaciones mencionadas, es claro que los “*contratos de gerencia integral de proyectos*”, cuando recaen sobre bienes inmuebles, como sucede en el caso que nos ocupa, dan lugar al nacimiento de obligaciones propias de los contratos de consultoría y obligaciones correspondientes a los contratos de obra, entre otros, y ambos tipos de negocios jurídicos generan el pago de la “contribución parafiscal” prevista en la Ley 1697 de 2013.

Por lo tanto, la suscripción de dichos contratos interadministrativos causa la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidad estatales de Colombia”, cuyo valor debe ser pagado (vía retención en la fuente) por la persona jurídica que funge como “contratista” (artículo 6º de la Ley 1697), que en este caso es el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade).

## LA SALA RESPONDE:

*1. Debe Coldeportes pagar las estampillas pro universidad nacional de Colombia y demás Universidades estatales de Colombia conforme lo establece la Ley 1697 de 2013 de los convenios Interadministrativos (sic) celebrados entre Coldeportes y los entes territoriales, pese a no*

<sup>42</sup> “[49] Sobre los contratos de administración delegada, en sentencia de Septiembre 16, 2010, el Consejo de Estado expresó: (...)”.

*tener dentro de sus funciones la de celebrar contratos de obra para realizar infraestructura deportiva y no ejecutar los mismos?*

Los contratos o convenios interadministrativos que Coldeportes celebra exclusivamente con entidades territoriales para cofinanciar proyectos de desarrollo de infraestructura deportiva, así como para viabilizar tales proyectos y acompañar a las entidades en su contratación y ejecución, conforme a los documentos enviados a la Sala a título de ejemplo, no generan el pago de la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”, creada y regulada por la Ley 1697 de 2013.

*2. Coldeportes debe pagar las estampillas pro universidad nacional de Colombia y demás Universidades estatales de Colombia conforme lo establece la Ley 1697 de 2013 de los convenios interadministrativos de gerencia de proyectos [?]*

La suscripción de contratos interadministrativos de “gerencia integral de proyectos” para los mismos fines entre Coldeportes, Fonade y entidades territoriales, sí causa dicho tributo, el cual debe ser pagado por Fonade en su calidad de “*contratista*” y retenido por Coldeportes como “*entidad contratante*” del orden nacional.

Remítase al Director del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, Coldeportes, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Conjuez. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.





---

# IV.

## FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

---





## 1. Mesadas reconocidas por el artículo 6° del decreto reglamentario 1083 de 1997 a deportistas considerados “glorias del deporte nacional”

### Radicado 2077

Fecha: 09/02/2012

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 22 de febrero de 2016

La señora Ministra de Cultura consulta a la Sala acerca del pago de las mesadas adicionales reconocidas por el artículo 6° del decreto reglamentario 1083 de 1997 a los beneficiarios del estímulo reconocido en la Ley 181 de 1995.

### I. Antecedentes

La señora Ministra manifiesta lo siguiente:

- “La ley 181 de 1995 en su artículo 45 garantizó la pensión vitalicia a las glorias del deporte nacional por un monto equivalente a cuatro (4) salarios mínimos por deportista que ostente tal calidad y cuando este no tenga recursos o sus ingresos sean inferiores a 4 salarios mínimos.
- El decreto 1083 de 1997 estableció en su artículo 6° que los deportistas con pensión vitalicia recibirán cada año, mesadas adicionales en el mes de junio y diciembre, por el valor correspondiente a una mensualidad.
- La Ley 1389 de 2010, en su artículo 5° expresa que a partir de la vigencia de la misma, la expresión –pensión vitalicia– para las ‘glorias del deporte nacional’ consagrada en el art. 45 de la Ley 181 de 1995 y el Decreto 1083 de 1997 se sustituye por la expresión ‘estímulo’ y tal sustitución se entenderá también realizada a toda la normatividad deportiva vigente que regule específicamente las materias.
- Igualmente la Ley 1389 de 2010 en su artículo 7° deroga expresamente los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1083 de 1997”.

Por las razones expuestas, la señora Ministra formula las siguientes **PREGUNTAS**:

*“¿Coldeportes entidad adscrita a este Ministerio, debe pagar a los actuales beneficiarios del ‘estímulo’ otorgado por la Ley 181 de 1995, las mesadas adicionales concedidas por el artículo 6° del Decreto 1083 de 1997, pese a estar derogado expresamente dicho artículo por la ley, en consideración a los ‘derechos adquiridos’ y a la ‘confianza legítima’ que el Estado haya generado en la ‘pensión’ mencionada en la Ley 181 de 1995?”*

## PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

### A. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes, la consulta busca establecer si a los deportistas beneficiarios del hoy denominado “estímulo”, otorgado por la Ley 181 de 1995, se les debe continuar pagando las mesadas adicionales reconocidas por el derogado artículo 6º del decreto reglamentario 1083 de 1997.

### B. Antecedentes normativos de la “pensión vitalicia” y su cambio por “estímulo”

En la ponencia para primer debate al proyecto –Cámara–, de la que fuera posteriormente la Ley 181 de 1995 se incluyó un Título denominado “*De la Seguridad Social de los Deportistas*” bajo la consideración de que el aspecto humano y social de los deportistas es un asunto relevante; razón por la cual, los ponentes atendieron los parámetros de la Ley 100 de 1993 sobre seguridad social para “*procurar su derecho a esta obligación del Estado*”. Así, “*con ello los deportistas que devenguen sus ingresos laborales de la actividad deportiva y tengan reconocimientos nacionales e internacionales en este campo, accederán sin dificultad a estos beneficios*”<sup>1</sup>.

Producto de las discusiones del proyecto, se aprobó la disposición contenida en el artículo 45 del Título V “*De la Seguridad Social y Estímulos para los Deportistas*” de la Ley 181 de 18 de enero de 1995. En este artículo se garantizó a las denominadas “*glorias del deporte nacional*” el acceso a una “*pensión vitalicia*”,<sup>2</sup> cuando se dieran las siguientes condiciones:

*“ARTÍCULO 45. El Estado garantizará una pensión vitalicia a las glorias del deporte nacional. En tal sentido deberá apropiarse de las partidas de los recursos de la presente Ley, un monto igual a la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales, por deportista que ostente la calidad de tal, cuando no tenga recursos o sus ingresos sean inferiores a cuatro (4) salarios mínimos legales. Además, gozarán de los beneficios del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, cuando no estén cubiertos por el régimen contributivo.*

*PARÁGRAFO. Se entiende por glorias del deporte nacional a quienes hayan sido medallistas en campeonatos mundiales oficiales reconocidos por el Comité Olímpico Colombiano o medallistas de Juegos Olímpicos”.*

Este reconocimiento fue considerado compatible con cualquier otra clase de pensión o remuneración, tal como lo señaló el decreto reglamentario 1231 de 18 de julio 1995 en el artículo 3º:

*“ARTÍCULO 3º. La pensión vitalicia creada en el artículo 45 de la Ley 181 de 1995 para las glorias del deporte nacional será compatible con cualquiera otra pensión o clase de remunera-*

<sup>1</sup> Gaceta del Congreso n.º 202 del 14 de noviembre de 1994. P. 10.

<sup>2</sup> La ley 181 de 1995 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para establecer el otorgamiento de los estímulos para los deportistas nacionales destacados: “ARTÍCULO 89. Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses a partir de la vigencia de esta Ley, para que ejerza las siguientes atribuciones:  
1. Establecer el otorgamiento de estímulos académicos, económicos y de seguridad social para los deportistas nacionales destacados en el ámbito nacional o internacional. (...)”

*ción, siempre que se cumplan las condiciones del artículo citado. El acto de reconocimiento y su pago estarán a cargo del Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes”.*

Dos años más tarde, el Presidente de la República en ejercicio de las funciones contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, para el desarrollo del artículo 45 de la Ley 181 de 1995 expidió el decreto reglamentario 1083 de 1997 en el que se establecieron las reglas y los procedimientos generales para el reconocimiento de la mencionada pensión vitalicia.<sup>3</sup> Definió los requisitos para acceder a dicha pensión, el monto, su reajuste anual, las mesadas adicionales, el carácter insustituible de la pensión, su pérdida y su garantía de pago.

Para el caso que nos ocupa, interesa destacar el artículo 6° del referido decreto mediante el cual se reconocen las mesadas adicionales objeto de consulta. Dijo la norma:

*“ARTÍCULO 6°. MESADAS ADICIONALES. Los deportistas con pensión vitalicia recibirán cada año junto con las mesadas del mes de junio y diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad”.*

En el año 2005 se expidió el acto legislativo n.° 1 de ese año, que como lo dijo esta Sala en el concepto N° 1857 del 22 de noviembre de 2007, dispuso que a partir del 25 de julio de 2005 los regímenes especiales y exceptuados y los demás diferentes al sistema general, quedaban suprimidos, sin perjuicio de los regímenes aplicables a la fuerza pública, al Presidente de la República y a los beneficiarios de los párrafos del artículo 1° del referido acto legislativo.

Lo anterior significa que el régimen pensional de las glorias del deporte nacional contemplado en el artículo 45 de la Ley 181 de 1995, fue derogado puesto que no fue incluido dentro de las excepciones contempladas en los párrafos del artículo 1° del Acto Legislativo n.° 1 de 2005 y tampoco estaba concebido como un régimen pensional especial establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones, según las voces del párrafo transitorio 2° del mismo artículo 1° del referido acto legislativo.

Posteriormente se expidió la Ley 1389 de 18 de junio de 2010 *“Por la cual se establecen incentivos para los deportistas y se reformulan algunas disposiciones de la normatividad deportiva”*. Esta ley sustituyó la expresión *“pensión vitalicia”* contenida en la Ley 181 de 1995 y en toda la normatividad deportiva vigente que regulara específicamente estas materias, por la expresión *“estímulo”*.

De igual forma, dispuso continuar entregando los *“estímulos”* ya reconocidos a las glorias del deporte nacional y a su vez, ordenó al Gobierno nacional reglamentar los procedimientos generales para los nuevos reconocimientos. Señala textualmente:

*“ARTÍCULO 5°. A partir de la vigencia de la presente ley, la expresión “pensión vitalicia” para las glorias del deporte nacional, consagrada en el artículo 45 de la Ley 181 de 1995 y en el*

<sup>3</sup> *“ARTÍCULO 1°. CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto establece las reglas y los procedimientos generales para el reconocimiento de la pensión vitalicia, ordenada por el artículo 45 de la Ley 181 de 1.995 para las glorias del deporte nacional. Se entiende por pensión vitalicia un monto mensual en moneda colombiana que percibe un deportista de nacionalidad colombiana reconocido como gloria del deporte nacional.*

*La pensión vitalicia se reconocerá en las modalidades de vejez o invalidez y tendrán derecho a la misma los deportistas que hayan sido campeones mundiales oficiales, en la máxima categoría, o de juegos olímpicos, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 45 de la Ley 181 de 1.995”.*

*Decreto 1083 de 1997, se sustituye por la expresión “estímulo”. Tal sustitución se entenderá también realizada en toda la normatividad deportiva vigente que regule específicamente estas materias.*

*A las glorias del deporte actualmente reconocidas se les continuará entregando el estímulo al cual se hicieron merecedores de conformidad con el procedimiento indicado en los artículos 4°, 7° y 8° del Decreto 1083 de 1997. El Gobierno nacional reglamentará los procedimientos generales para los nuevos reconocimientos”.*

El artículo 7° de la Ley 1389 de 2010 derogó, entre otros, los artículos 6° del decreto 1083 de 1997 y 3° del decreto 1231 de 1995, es decir, respectivamente, los que regularon las medidas adicionales y la compatibilidad de la pensión vitalicia para las glorias del deporte con cualquier otra pensión.

La nueva ley se expidió fundamentalmente para adaptar la naturaleza jurídica del reconocimiento especial que la Ley 181 de 1995 hacía a las “*glorias del deporte nacional*”. Se sostuvo, entre otros argumentos, que era necesario concordar con la Constitución Política de 1991 y específicamente con el acto legislativo n.º 1 de 2005, las disposiciones que se relacionaban con la “*pensión vitalicia*” otorgada a las glorias del deporte nacional, pues aunque en este acto legislativo no se le identificó, para efectos de su permanencia, como un régimen excepcional dentro del sistema general de la seguridad social, ello no era óbice para reconocer la importancia de que persistiera el reconocimiento a los deportistas bajo la figura del “*estímulo*”. Para este efecto, en la ponencia presentada para primer debate ante la Cámara de Representantes del proyecto que se convertiría en la futura Ley 1389 de 2010, se dijo:

*“Respecto a los artículos 5° y 6°, (que sustituyen pensión vitalicia por estímulo) considere prudente señalar su conveniencia para dicha entidad [refiere a Coldeportes], teniendo en cuenta que la Contraloría General de la República en diferentes ocasiones ha expresado frente al desarrollo del programa concebido en virtud del artículo 45 de la Ley 181 de 1995 (glorias del deporte) lo siguiente:*

*‘Coldeportes reconoce y paga pensiones a los deportistas consagrados como glorias del deporte nacional de conformidad con lo establecido en los artículos 45 y 89 de la Ley 181 de 1995 y el Decreto 1231 de 1995, sin que esté consagrado como régimen excepcional dentro del Sistema General de Seguridad Social. Es una situación legal que se aparta de los postulados del Sistema Integral establecido en la Ley 100 de 1993 y Coldeportes no es una entidad que reúne todos los requisitos para el manejo de la pensión.’*

*Del mismo modo, Coldeportes expresa que ‘en virtud del Acto Legislativo número 01 de 2005, a través del cual se incluyeron modificaciones al artículo 48 de la Constitución Política, el artículo 45 de la Ley 181 de 1995, carecería de validez teniendo en cuenta que la norma dispone:*

*(...) Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.’*

*(...) 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.’*

*Así las cosas y no obstante las normas transcritas, Coldeportes considera que se debe persistir en el reconocimiento de las glorias del deporte nacional, a través de la figura del ‘estímulo’ y de acuerdo a la redacción del artículo propuesto”<sup>4</sup>.*

En la ponencia para primer debate presentada ante el Senado de la República se reiteró la anterior afirmación<sup>5</sup>.

En síntesis, con fundamento en las consideraciones anteriores, la Ley 1389 de 2010 modificó la naturaleza de la expresión “*pensión vitalicia*” por “*estímulo*” y derogó el artículo 6° del decreto reglamentario 1083 de 1997 sobre “*mesadas adicionales*”, por ser contrarios a los postulados del Acto Legislativo n.º 1 de 2005.

### C. El caso concreto

Para el análisis del caso concreto consultado, la Sala parte de la fijación, que sobre la naturaleza jurídica de la denominada pensión vitalicia, hoy estímulo, hace la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 2011. Al examinar la constitucionalidad del artículo 45 de la Ley 181 de 1995, la Corte se refiere a la reforma legal contenida en la Ley 1389 de 2010, en los siguientes términos:

*“La reforma legal que hace parte de la norma demandada, según lo analizado, tiene por objeto reformar la naturaleza jurídica de la prestación económica. Al amparo de la Ley 181/95, en su versión original, dicha prestación tenía carácter pensional, como se demuestra del artículo 1° del decreto 1083/97, el cual prevé que la pensión vitalicia se concedería ‘...en las modalidades de vejez y muerte...’. De acuerdo con las previsiones de la Ley 1389/10, la prestación es ahora un incentivo económico a favor de los deportistas, diferenciado del régimen de seguridad social en pensiones y sometido a condiciones particulares para su concesión...”* (Sentencia citada fol. 16-17).

Y más adelante agrega la misma providencia: “*En este orden de ideas, no es viable insistir en la naturaleza pensional del estímulo, puesto que conforme con el actual ordenamiento jurídico –es decir, el resultante luego de las reformas introducidas por la Ley 1389/10- esta erogación no comparte ninguna de las características que definen a las prestaciones propias del régimen pensional”*. (Sentencia citada fol. 17).

La anterior afirmación implica que los reconocimientos pensionales efectuados antes de la vigencia de la Ley 1389 del 18 de junio de 2010, se hicieron de conformidad con las normas vigentes, adquiriendo el carácter de derechos adquiridos con justo título y en tal calidad deben ser respetados, incluyendo las mesadas adicionales inicialmente contempladas en el artículo 6° del decreto 1083 de 1997.

A partir de la expedición de la Ley 1389 de 18 de junio de 2010, debe entenderse que se reconoce un estímulo de orden patrimonial a las glorias del deporte nacional, teniendo en cuenta que dicha erogación no posee ninguna de las características de las prestaciones sociales, sino que debe considerarse como parte del gasto público social para el deporte, sin

4 Ponencia para primer debate al proyecto de ley 127 de 2007 – Cámara. *Gaceta del Congreso* 670 del 18 de diciembre de 2007.

5 Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 323 de 2008 Senado, 127 de 2007 Cámara. *Gaceta del Congreso* 617 del 10 de septiembre de 2008.

que haya lugar a reconocimiento alguno de mesada adicional, por cambio de la naturaleza jurídica de la asignación y por derogatoria expresa del artículo 6° del decreto reglamentario 1083 de 1997.

Finalmente, es del caso indicar que el Gobierno nacional, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 1389, debe regular el procedimiento para el reconocimiento del referido estímulo.

### LA SALA RESPONDE:

*“Coldeportes entidad adscrita a este Ministerio, debe pagar a los actuales beneficiarios del ‘estímulo’ otorgado por la Ley 181 de 1995, las mesadas adicionales concedidas por el artículo 6° del Decreto 1083 de 1997, pese a estar derogado expresamente dicho artículo por la ley, en consideración a los ‘Derechos Adquiridos’ y a la ‘Confianza Legítima’ que el Estado haya generado en la ‘pensión’ mencionada en la Ley 181 de 1995?”*

Las pensiones vitalicias reconocidas antes de la vigencia de la Ley 1389 de 2010 se deben seguir pagando a sus beneficiarios, incluyendo las mesadas adicionales a que se refería el derogado artículo 6° del Decreto 1083 de 1997, por tratarse de derechos adquiridos. A partir de la vigencia de la Ley 1389 de 2010, no pueden reconocerse las pensiones vitalicias a que se refería la Ley 181 de 1995, ni las mesadas adicionales a que se refería el artículo 6° del decreto 1083 de 1997, por cambio de la naturaleza jurídica de la asignación, de pensión vitalicia a estímulo; y por derogatoria expresa del precitado artículo 6°.

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. Permiso sindical. Remuneración adicional para directivos docentes.

### Radicado 2250

Fecha: 02/12/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 7 de marzo de 2016

La Ministra de Educación Nacional consulta sobre la posibilidad de efectuar el pago adicional previsto por el artículo 129 de la Ley 115 de 1994 para los directivos docentes, cuando hacen uso del permiso sindical.

### I. Antecedentes

Anota la Ministra que en atención a lo previsto en el Decreto 1092 de 2012 se acordó con las directivas de la organización sindical que representa a los directivos docentes Sindodic, que se expediría una Directiva Ministerial con instrucciones dirigidas a los gobernadores, alcaldes y secretarios de educación de las entidades territoriales certificadas en educación para que no efectúen descuentos al salario de directivos cuando se presenten comisiones, servicios, permisos remunerados, incapacidades, licencias de maternidad y permisos sindicales.

Así las cosas, el 8 de julio de 2013 la Ministra de Educación Nacional emitió la Directiva 019 que en lo que a permisos sindicales se refiere dice:

*“Permisos sindicales. De acuerdo con el Decreto 2813 de 2000, los directivos docentes que sean representantes de sus respectivas organizaciones sindicales, tienen derecho a que la entidad territorial nominadora les otorgue el correspondiente permiso para el cumplimiento de su gestión sindical.*

*En todo caso, vale la pena resaltar que si al otorgar el permiso sindical los directivos docentes no son separados de su cargo, salvo los aportes que por ley dichos servidores deban cancelar, su remuneración no podrá ser objeto de ningún descuento como consecuencia del permiso otorgado, incluyendo la asignación adicional reconocida anualmente por el decreto que fija su salario.*

*Por el contrario, tratándose de aquellos que como consecuencia del permiso sindical han sido separados temporalmente de su cargo, las entidades territoriales nominadoras deberán reconocerles la respectiva asignación básica mensual y no la asignación adicional prevista para directivos docentes”* (Resalta la Ministra)

Advierte la consultante que el aparte “y no la asignación adicional” que aparece subrayado, ha motivado a que la CUT y Sindodic soliciten la modificación de la Directiva porque se afectan los derechos sindicales en especial los del Presidente y Secretario General de la Junta Directiva Nacional que debieron renunciar al ejercicio de la actividad sindical para no afectar

su ingreso al no poder percibir la asignación adicional como directivos docentes. Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. *¿Debe entenderse que ejercer o desempeñar el cargo de directivo docente implica el practicar los actos propios de su oficio y cumplir con las obligaciones propias de su cargo?*”

2. *¿Un docente que no ejerce las funciones de directivo docente, en razón a su separación del cargo para desempeñar funciones sindicales, puede recibir la asignación adicional establecida para directivos docentes?*

3. *¿Se le debe reconocer asignación adicional a los directivos docentes que se encuentran en permiso sindical y simultáneamente a los que sí están desempeñando sus funciones? Es decir, ¿se pueden pagar dos asignaciones adicionales por un mismo cargo directivo, a dos personas diferentes?*

4. *Considerando que no existe una vacancia temporal cuando el directivo docente está en ejercicio de un permiso sindical, ¿se debe entender que el directivo no puede abandonar el ejercicio de su cargo por un tiempo prolongado?”*

#### **PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:**

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por la Ministra, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) el derecho de sindicalización en la Constitución Política de Colombia, ii) La libertad sindical y derecho de sindicalización en los convenios de la OIT, iii) las recomendaciones de la OIT, iv) los permisos sindicales, v) el pago adicional para directivos docentes y vi) el caso concreto.

#### **A. El derecho de sindicalización en la Constitución Política de Colombia**

El artículo 39 de la C. P. reza:

*“ARTÍCULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.*

*La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica solo procede por vía judicial.*

*Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”.*

En la Sentencia C-063 de 2008 la Corte Constitucional anota que el artículo 39 de la Constitución consagra el derecho de sindicalización al establecer que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado.

Dice la Corte que el derecho de asociación sindical es de naturaleza fundamental y comprende al menos tres enfoques:

- 1) Libertad individual de organizar sindicatos.
- 2) Libertad de sindicalización, ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafiliarse a un sindicato.
- 3) Autonomía sindical, que es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno.<sup>1</sup>

También explica la sentencia que el derecho de sindicalización protege un ámbito de conductas que comprende:

- 1) El derecho a vincularse a organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes y que tienen por objeto la defensa de tales intereses, sin que resulte obligatoria la vinculación ni la permanencia.
- 2) El derecho a constituir y a estructurar tales organizaciones como personas jurídicas sin que para tal efecto exista injerencia, intervención o restricción por parte del Estado.
- 3) La libertad de determinar su propio objeto, las condiciones de admisión, permanencia, retiro y exclusión de sus miembros, el régimen disciplinario aplicable, las instancias internas de poder y de representación, la forma en que han de ser manejados sus propios recursos económicos, la manera como se puede poner fin a la existencia de tales organizaciones, y en general, la determinación de todos aquellos aspectos que los miembros de dichos grupos consideren oportunos, con la debida sujeción tanto al orden legal como a los principios democráticos.
- 4) La imposibilidad de cancelación o suspensión de su personería jurídica por vía diferente a la judicial.
- 5) La facultad para los sindicatos de constituir y de vincularse a federaciones y confederaciones de orden nacional e internacional<sup>2</sup>.

## **B. La libertad sindical y derecho de sindicalización en los convenios de la OIT**

El Convenio 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización dispone:

*“Artículo 1°. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes.*

---

1 Sentencia T-656 de 2004.

2 Sentencia C-797 de 2000, reiterada en sentencias C-1491 de 2000 y C-280 de 2007.

*Artículo 2°. Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.*

*Artículo 3°.*

*1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.*

*2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.*

*(...)*

*Artículo 8°. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.*

*2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”<sup>3</sup>*

El Convenio 98 sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva establece:

*“Artículo 1°*

*1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.*

*2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*

*(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;*

*(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”<sup>4</sup>*

El Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública prevé:

*“Artículo 4°*

*1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.*

---

<sup>3</sup> Convenio aprobado por la Ley 26 de 1976.

<sup>4</sup> Convenio aprobado por la Ley 27 de 1976.

2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

(a) sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;

(b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.

(...)

#### Artículo 6°

1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

2. La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.

3. La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los métodos mencionados en el artículo 7° del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado<sup>5</sup>.

En este punto es pertinente advertir que la Corte Constitucional en la ya señalada sentencia C-063 de 2008 afirma:

*“En cuanto a las fuentes internacionales provenientes de la OIT, cabe resaltar en esta oportunidad, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (num. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (num. 98). Sobre estos dos convenios, la Corte ha considerado que forman parte del bloque de constitucionalidad en cuanto se refieren a derechos humanos fundamentales en el trabajo como la libertad sindical y la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva<sup>6</sup>.*

*De conformidad con lo previsto en los arts. 2° y 3° del Convenio 87, los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la solo condición de observar los estatutos de las mismas. Y, las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.*

*Por su parte el Convenio 98 de la OIT, art. 4°, se dispone que, se deben adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones*

5 Convenio aprobado por la Ley 411 de 1997.

6 Ver sentencias T-418 de 1992, T-441 de 2000, SU-342 de 1995, C-225 de 1995, T-568 de 1999, C-010 de 2000, C-385 de 2000, C-567 de 2000, C-597 de 2000, C-797 de 2000, C-1491 de 2000.

de trabajadores, por la otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. En efecto, a fin de fomentar la negociación colectiva este convenio hace hincapié en la autonomía de las partes y en el carácter voluntario de las negociaciones”.

Asimismo en la sentencia T-063 de 2014, el tribunal constitucional anota:

*“Ahora bien, Colombia ratificó los Convenios 87 y 151 de OIT mediante las leyes 26 de 1976 y 411 de 1997, respectivamente, generando para el Estado la obligación de asumir y respetar todas las directrices contenidas en ellos. Lo contrario implicaría la vulneración de los derechos fundamentales allí regulados respecto de los cuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9<sup>o</sup>, 53<sup>o</sup> y 93<sup>o</sup> de la Constitución Política, todas las autoridades están sujetas a dar cabal cumplimiento por tratarse de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fija los alcances de los derechos fundamentales<sup>10</sup>”.*

### C. Las recomendaciones de la OIT

Según la Organización Internacional del Trabajo las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los gobiernos, empleadores y trabajadores que establecen unos principios y unos derechos básicos, y se dividen en: i) convenios legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los estados miembros, y ii) recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes para complementar al convenio con detalles para su aplicación o que pueden ser autónomas, es decir, no vinculadas con ningún convenio.<sup>11</sup>

Es de resaltar que el 23 de junio de 1971 en la 56ª reunión de la OIT se adoptó la Recomendación 143 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en donde se prevé que “[l]os representantes de los trabajadores en la empresa deberían disfrutar, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa”

7 ARTÍCULO 9°. *“Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.* Resaltado fuera de texto.

8 ARTÍCULO 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.* Resaltado fuera de texto.

9 ARTÍCULO 93: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.*

10 Sentencia T-261 de 2012.

11 <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>

Sobre esta temática se encuentra que la sentencia de la Corte Constitucional T-063 de 2014 señala:

*“En cuanto a la Recomendación 143 de la OIT adoptada en 1971 por la Conferencia General, debe decirse que a pesar de no tener un carácter vinculante sí contiene directrices que sirven para orientar las actuaciones de las autoridades de los Estados. En ese escenario y teniendo en cuenta que Colombia es Estado Parte de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden ignorarse las recomendaciones emitidas por sus órganos, ya que como ha sido establecido por esta corporación, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados, así: “deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en éste y los casos que sean similares”<sup>12</sup>.*

*Así lo reconoció esta corporación al indicar que “Se hace mención a esta Recomendación, que si bien no tiene un carácter vinculante para los Estados, sí permite demostrar la importancia de los permisos sindicales, y la preocupación de esta organización mundial en promulgar su reconocimiento.*

*Más aún, cuando nuestra legislación no consagra expresamente la existencia de estos, a pesar de ser, sin lugar a dudas, uno de los mecanismos o vehículos para el cabal ejercicio del derecho fundamental a la asociación sindical, cuando ellos son concebidos de forma racional, proporcional a la misma función sindical”<sup>13</sup>. Resaltado original.*

*Así, todas aquellas recomendaciones que complementen los instrumentos internacionales que contienen derechos reconocidos por el Estado colombiano en el ámbito internacional, deben considerarse igualmente importantes al momento de definir las actuaciones de las autoridades en la esfera interna”.*

#### **D. Los permisos sindicales**

El artículo 416A del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 13 de la Ley 584 de 2000 dispone:

*“ARTÍCULO 416-A. Las organizaciones sindicales de los servidores públicos tienen derecho a que las entidades públicas les concedan permisos sindicales para que, quienes sean designados por ellas, puedan atender las responsabilidades que se desprenden del derecho fundamental de asociación y libertad sindical. El Gobierno nacional reglamentará la materia, en concertación con los representantes de las centrales sindicales”.*

12 Sentencia T-568 de 1999. En esta ocasión la Corte ordenó reintegrar a 209 trabajadores de las Empresas Varias de Medellín ESP que fueron despedidos luego de la calificación de ilegalidad de la huelga en la que participaron para manifestar su inconformidad con la convención colectiva que regía las relaciones entre los empleados afiliados y la empresa. Los accionantes, ante la falta de acción de las autoridades nacionales, acudieron mediante una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT al considerar que dicha declaratoria de ilegalidad de la huelga se llevó a cabo vulnerando el debido proceso, pues no se contó con su participación en la misma. Este órgano recomendó al Estado colombiano adoptar las medidas necesarias para que el reintegro de los dirigentes sindicales atendiendo la obligación internacional de no interferir en las actividades sindicales en menoscabo de los trabajadores. La Corte le recordó al Gobierno el deber de cumplir los compromisos que adquirió en el plano internacional para que “los derechos de las personas consignados en los tratados no queden como meras buenas intenciones manifestadas externamente y desdichas en el país”.

13 Sentencia T-322 de 1998. Posición reiterada en la Sentencia T-464 de 2010.

Este artículo está reglamentado por el Decreto Único del Sector Trabajo 1072 de 2015 que reza:

**“ARTÍCULO 2.2.2.5.1. Permisos sindicales para los representantes sindicales de los servidores públicos.** Los representantes sindicales de los servidores públicos tienen derecho a que las entidades públicas de todas las Ramas del Estado, sus Órganos Autónomos y sus Organismos de Control, la Organización Electoral, las Universidades Públicas, las entidades descentralizadas y demás entidades y dependencias públicas del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, les concedan los permisos sindicales remunerados necesarios para el cumplimiento de su gestión.

**ARTÍCULO 2.2.2.5.2. Beneficiarios de los permisos sindicales.** Las organizaciones sindicales de servidores públicos son titulares de la garantía del permiso sindical, del cual podrán gozar los integrantes de los comités ejecutivos, directivas y subdirectivas de confederaciones y federaciones, juntas directivas, subdirectivas y comités seccionales de los sindicatos, comisiones legales o estatutarias de reclamos, y los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva.

**ARTÍCULO 2.2.2.5.3. Reconocimiento de los permisos sindicales.** Corresponde al nominador o al funcionario que este delegue para tal efecto, reconocer mediante acto administrativo los permisos sindicales a que se refiere el presente decreto, previa solicitud de las organizaciones sindicales de primero, segundo o tercer grado, en la que se precisen, entre otros, los permisos necesarios para el cumplimiento de su gestión, el nombre de los representantes, su finalidad, duración periódica y su distribución.

Constituye una obligación de las entidades públicas de que trata el artículo primero de este decreto, en el marco de la Constitución Política Nacional, atender oportunamente las solicitudes que sobre permisos sindicales eleven las organizaciones sindicales de los servidores públicos.

**PARÁGRAFO.** Los permisos sindicales que se hayan concedido a los representantes sindicales de los servidores públicos continuarán vigentes, sin que ello impida que su otorgamiento pueda ser concertado con las respectivas entidades públicas.

**ARTÍCULO 2.2.2.5.4. Efectos de los permisos sindicales.** Durante el período de permiso sindical, el empleado público mantendrá los derechos salariales y prestacionales, así como los derivados de la carrera en cuyo registro se encuentre inscrito”.

En la ya reseñada sentencia T-063 de 2014 la Corte Constitucional analiza los permisos sindicales así:

“4.5. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado sobre el derecho de asociación sindical y los permisos sindicales como garantía para su ejecución. Este derecho fundamental ha sido definido como “la facultad con la que cuentan tanto trabajadores como empleadores para conformar sindicatos o asociaciones de manera libre y voluntaria, es decir, sin intervención del Estado, teniendo por finalidad la efectiva realización de valores fundamentales de la sociedad, tales como el trabajo, la justicia social, la paz, la libertad y la



convivencia”<sup>14</sup>. Adicionalmente, ha señalado la Corte que el derecho de asociación consiste “en la libre voluntad que tienen todos los trabajadores para constituir organizaciones permanentes que los identifiquen y los una en una sola causa, para la defensa de los intereses comunes que demande la respectiva profesión u oficio a la cual se dediquen, sin autorización previa, y ajena a toda intromisión del Estado o intervención de sus empleadores”<sup>15</sup>.

4.5.1. La eficacia del referido derecho no se limita al simple reconocimiento, por parte del Estado, de la existencia de la organización sindical. Para el pleno y efectivo funcionamiento de esta última no basta con la inscripción el acta de constitución del sindicato, sino que surge la necesidad de dotar al ente sindical y específicamente a sus directivas de las garantías que hagan viable su gestión. Dentro de lo que el artículo 39 de la Constitución Política denomina “garantías necesarias para el cumplimiento de la gestión de los representantes sindicales”, se encuentran los llamados permisos sindicales, considerados por esta corporación como uno de los instrumentos que permite la ejecución y el desarrollo del derecho de asociación sindical<sup>16</sup>.

Lo anterior está ligado a la obligación del empleador de permitir a sus trabajadores sindicalizados, en especial a aquellos que hacen parte de las directivas de la organización o fungen como representantes, desarrollar sus labores otorgando los permisos solicitados con el fin de hacer posible el verdadero ejercicio de la actividad sindical, siempre y cuando los mismos sean concedidos dentro de los límites razonables, sean proporcionales y consulten a un criterio de necesidad; es decir, que solo puedan ser solicitados cuando se requieran con ocasión de las actividades sindicales que ameriten el reconocimiento, a los representantes de la organización sindical, del tiempo necesario para que adelanten las gestiones tendientes al funcionamiento del sindicato<sup>17</sup>.

Ahora bien, sobre los reemplazos la misma sentencia precisa que para su provisión cuando exista de por medio un permiso sindical, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i) la base principal para la regulación de la designación de los permisos sindicales y sus reemplazos se encuentra en los postulados de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, ii) se debe discriminar la fecha, el lugar y las funciones que se realizarán durante el periodo del permiso sindical, con el fin de determinar si se debe contar con un reemplazo para la realización de las funciones propias de su cargo, y iii) solamente podrá designarse el reemplazo cuando de las circunstancias de modo, tiempo y lugar se justifique la designación y posterior nombramiento de un servidor ante la ausencia de quien se encuentra en permiso.

14 Sentencia T-464 de 2010.

15 Sentencia T-261 de 2012. En esta oportunidad la Corte conoció de la acción de tutela instaurada por el representante legal del Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Cali (Sintraemcali), quien invocó la protección del derecho de asociación sindical debido al despido colectivo de 51 trabajadores de la empresa Emcali EICE ESP, con ocasión de la declaratoria de ilegalidad de la huelga promovida por los empleados. Al encontrar que la huelga no había interrumpido el servicio público esencial prestado y ante la declaratoria de nulidad, por parte del Consejo de Estado, del acto administrativo que determinó la ilegalidad de la huelga, la Corte concluyó que los 51 trabajadores debían ser reintegrados a sus cargos, atendiendo los Convenios 87 y 98 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y las recomendaciones de dicha organización para ese caso en particular.

16 Sentencia T-322 de 1998. El accionante, actuando como representante del sindicato de industria Anthoc, consideró vulnerado el derecho de asociación sindical por parte de la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul, ya que esta última no reconoció los permisos sindicales regulados en una convención colectiva de trabajo suscrita con el sindicato de base existente en ella, que por efectos de la fusión por absorción del que fue objeto el mencionado sindicato, dejó de existir. La Corte consideró que independiente de la controversia sobre los efectos que pudo tener la fusión entre los sindicatos de base “Sintrahosvicente” (absorbido) y la Asociación Anthoc (absorbente), “la negativa de la fundación acusada, para reconocer permisos sindicales a los trabajadores que pertenecen a la junta directiva del sindicato de industria Anthoc, y necesarios para el desarrollo de su función sindical, es abiertamente violatoria del derecho de asociación sindical de estos y de la organización misma, pues no es necesario que los mencionados permisos tengan consagración convencional o legal, dado que los mismos pueden ser acordados en el momento en que se requieran”. Resaltado original.

17 Sentencias T-502 de 1998, T-988A de 2005, T-740 de 2009, C-930 de 2009, T-464 de 2010 y T-435 de 2011, entre otras.

Por otra parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los permisos sindicales deben ser transitorios y no permanentes, y siempre relacionados directamente con la función sindical<sup>18</sup>.

Finalmente, esta Sala ha anotado que el derecho a los permisos sindicales no es absoluto ni puede solicitarse por parte de los sindicatos de empleados públicos de manera irrazonable o para liberar a sus titulares del cumplimiento total de las funciones propias del cargo. Por una parte, porque la solicitud y concesión de estos permisos se derivan del ejercicio de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva, de manera que su utilización debe estar relacionada y justificada en una actividad inherente a tales derechos; y porque, por otro lado, los empleados públicos cumplen funciones administrativas que por esencia revisten interés general y están sujetas por mandato constitucional a un principio de continuidad.<sup>19</sup>

### E. Pago adicional para directivos docentes

El artículo 129 de la Ley 115 de 1994 prevé un pago adicional para los directivos docentes en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 129. CARGOS DIRECTIVOS DOCENTES.** *Las entidades territoriales que asuman la prestación directa de los servicios educativos estatales podrán crear cargos directivos docentes, siempre y cuando las instituciones educativas lo requieran, con las siguientes denominaciones:*

1. Rector o director de establecimiento educativo.
2. Vicerrector.
3. Coordinador.
4. Director de Núcleo de Desarrollo Educativo.
5. Supervisor de Educación.

**PARÁGRAFO.** *En las instituciones educativas del Estado, los cargos directivos docentes deben ser provistos con docentes escalafonados y de reconocida trayectoria en materia educativa. Mientras ejerzan el cargo tendrán derecho a una remuneración adicional y cumplirán funciones, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional”.* (Resalta la Sala).

Observa la Sala que no es claro si se trata de una remuneración vinculada a la función o al cargo de directivo docente, asunto de importancia para absolver la consulta.

Se acota que en los antecedentes de la expedición de la Ley 115 no aparece ninguna referencia exacta sobre la motivación de la remuneración adicional para los directivos docentes,

18 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de febrero de 1994, expediente 3480 y Sentencia del 26 de febrero de 1998, Expediente: 14984.

19 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de julio 2008. Radicación 1893.

y en tal medida no existe certeza histórica sobre si es un pago vinculado al ejercicio de funciones de directivo docente o al cargo.

No obstante, existen elementos para deducir que es una asignación atada al cargo y no a las funciones, como se explica a continuación:

i) En varias sentencias la Sección Segunda de la Corporación considera que la sola adscripción o encargo de funciones es insuficiente para dicho reconocimiento<sup>20</sup>.

En el mismo sentido, los decretos 1092 y 1116 de 2015 establecen en sus artículos 9 y 5 respectivamente, lo siguiente: *“d. La sola asignación de funciones o encargo sin comisión no da derecho al reconocimiento de las asignaciones adicionales. En el caso de encargo, solo podrá percibir las siempre y cuando el titular del cargo no las devengue”*.

ii) Los decretos anuales que prevén la remuneración de servidores públicos docentes y directivos docentes contemplan la asignación adicional para “quien desempeñe uno de los cargos de directivos docentes”.

Es así que se asignan porcentajes de remuneración adicional sobre la asignación básica mensual para los rectores, coordinadores y directores de establecimientos educativos. En efecto, el Decreto 1092 de 2015 “[p]or el cual se modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media que se rigen por el decreto ley 2277 de 1979, y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo estatal” prevé:

“ARTÍCULO 4°. ASIGNACIÓN ADICIONAL PARA DIRECTIVOS DOCENTES. A partir del 1 de enero de 2015, quien desempeñe uno de los cargos directivos docentes que se enumeran a continuación, percibirá una asignación mensual adicional, así:

- a) Rector de escuela normal superior, el 35%.
- b) Rector de institución educativa que tenga por lo menos un grado de educación preescolar y los niveles de educación básica y media completos, el 30%.
- c) Rector de institución educativa que tenga por lo menos un grado del nivel de educación preescolar y la básica completa, el 25%.
- d) Rector de institución educativa que tenga solo el nivel de educación media completo, el 30%.
- e) Coordinador de institución educativa, el 20%. f) Director de centro educativo rural, el 10%”.

Por otra parte, el Decreto 1116 del año que transcurre “[p]or el cual se modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media que se rigen por el decreto-ley 1278 de 2002, y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo estatal” reza:

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 27 de octubre de 2011. Radicación número: 2004-02379 y sentencia del 21 de noviembre de 2011 Radicación número: 2003-02413, Subsección B. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación 2003-00843.

**“ARTÍCULO 2°. ASIGNACIÓN ADICIONAL PARA DIRECTIVOS DOCENTES.** A partir del 1° de enero de 2015, quien desempeñe uno de los cargos directivos docentes que se enumeran a continuación, percibirá una asignación mensual adicional, así:

a) Rector de escuela normal superior, el 35%.

b) Rector de institución educativa que tenga por lo menos un grado de educación preescolar y los niveles de educación básica y media completos, el 30%.

c) Rector de institución educativa que tenga por lo menos un grado del nivel de educación preescolar y la básica completa, el 25%.

d) Rector de institución educativa que tenga solo el nivel de educación media completa, el 30%.

e) Coordinador de institución educativa, el 20%.

f) Director de centro educativo rural, el 10%”.

## **F. El caso concreto**

El problema jurídico radica en determinar si a pesar de que un directivo docente está disfrutando de un permiso sindical puede devengar la remuneración adicional creada por el parágrafo del artículo 129 de la Ley 115 de 1994. Una interpretación exegética de la norma implicaría negar la posibilidad de reconocer y pagar tal remuneración mientras el directivo docente se encuentre en uso del permiso sindical, porque tal permiso implica que el empleado no ejercerá temporalmente sus funciones para dedicar su tiempo al cumplimiento de la gestión sindical.

Empero, como se ha puesto de manifiesto en este concepto, el artículo 39 de la Constitución Política consagra el derecho de sindicalización que apareja la posibilidad para las personas de vincularse a organizaciones con el objeto de defender intereses laborales comunes.

Es menester precisar que dicho derecho también se encuentra reconocido por los convenios 87, 98 y 151 de la OIT, aprobados por el legislador colombiano y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. A la luz de tales convenios se confiere a los trabajadores las siguientes garantías:

1. Posibilidad de afiliarse a las organizaciones sindicales con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

2. Adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

3. No ser despedido o perjudicado por razón de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o con el consentimiento del empleador durante las horas laborales.

4. Concesión de facilidades apropiadas para permitirles a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos el desempeño de sus funciones sindicales durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

En consonancia, la Recomendación 143 de la Organización Internacional de Trabajo señala que los representantes de los trabajadores deberían disfrutar sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación.

En armonía, nuestro derecho interno y más concretamente el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, número 1072 de 2015 establece en el artículo 2.2.2.5.4 que “[d]urante el período de permiso sindical, el empleado público mantendrá los derechos salariales y prestaciones, así como los derivados de la carrera en cuyo registro se encuentre inscrito”.

En este punto se llama la atención que el Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario señala:

*“A los efectos del presente Convenio, el término **salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.*

Al respecto la sentencia C-401 de 2005 explica:

*“En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:*

*‘El término ´salario´ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar’.*

*“Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no solo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado –sentido restringido y común del vocablo–, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras –entre otras denominaciones–, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.*

*“Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no solo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos*

*que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho...?”*

Así las cosas la Sala concluye que la remuneración adicional prevista para los directivos docentes se debe mantener para quienes se encuentren en permiso sindical.

Deducir que por no ejercer el cargo directivo docente durante el permiso sindical no se puede reconocer y pagar la remuneración adicional, llevaría a sostener de forma paralela que por no ejercer temporalmente las funciones en las condiciones anotadas tampoco se podría pagar la asignación básica, lo que no solo choca con el derecho de sindicalización sino que afecta la protección especial al salario y sería un planteamiento regresivo en materia laboral que desconocería el principio *pro operario*.

### LA SALA RESPONDE:

*1. ¿Debe entenderse que ejercer o desempeñar el cargo de directivo docente implica el practicar los actos propios de su oficio y cumplir con las obligaciones propias de su cargo?*

*2. Un docente que no ejerce las funciones de directivo docente, en razón a su separación del cargo para desempeñar funciones sindicales, ¿puede recibir la asignación adicional establecida para directivos docentes?*

Por su unidad temática se responden las preguntas 1 y 2.

Entiende la Sala que no se trata precisamente de una separación del cargo, sino del evento en que un directivo docente hace uso del permiso sindical, que como se advirtió en acápite anteriores, no puede ser por tiempo prolongado.

Dentro de tal contexto, a pesar de que el directivo docente no ejerce las funciones propias de su cargo durante el disfrute del permiso sindical, puede recibir la asignación adicional prevista en el artículo 129 de la Ley 115 de 1994.

*3. ¿Se le debe reconocer asignación adicional a los directivos docentes que se encuentran en permiso sindical y simultáneamente a los que sí están desempeñando sus funciones? Es decir, se pueden pagar dos asignaciones adicionales por un mismo cargo directivo, a dos personas diferentes?*

Si para el reemplazo del directivo docente que se encuentra en permiso sindical simplemente se efectúa una adscripción o encargo de funciones, no se puede pagar simultáneamente la asignación adicional a quien disfruta el permiso y a quien se encuentre reemplazándolo.

*4. ¿Considerando que no existe una vacancia temporal cuando el directivo docente está en ejercicio de un permiso sindical, se debe entender que el directivo no puede abandonar el ejercicio de su cargo por un tiempo prolongado?*

De acuerdo a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, los permisos sindicales no pueden ser por tiempo prolongado y su naturaleza es transitoria en bien de la función sindical.

Remítase a la Ministra de Educación 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

### 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.

#### Radicado 2262

Fecha: 19/10/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 20 de abril de 2016

La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública consulta sobre la naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander (Capruis), así como acerca de la naturaleza de los empleos que pertenecen a su planta de personal.

#### I. Antecedentes

Explica la Directora que el Acuerdo 17 de 1970 del Consejo Superior Universitario de la Universidad Industrial de Santander y el Acuerdo 150 de ese mismo año del Consejo Directivo de dicha universidad, aprobaron los estatutos de Capruis.

Al transcribir algunos artículos de los estatutos de Capruis, se observa que se creó “en la Universidad Industrial de Santander un fondo, con patrimonio y rentas propias, cuya razón social será Capruis” (artículo 1°) y que “Capruis es una persona jurídica, representada judicial y extrajudicialmente por su Gerente, con sede y domicilio principal en la ciudad de Bucaramanga” (artículo 2°).

Por otra parte cita el artículo 236 de la Ley 100 de 1993, relativo a la prestación de los servicios de salud a través de las cajas de previsión social, así como el Decreto 1890 de 1995 que reglamentó dicho artículo.

Finalmente, alude a la Ley 30 de 1992 en relación con el régimen de las universidades estatales u oficiales y a la Ley 909 de 2004 sobre la carrera administrativa de los servidores públicos, luego de lo cual formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander (Capruis)?*

2. *¿Cuál es el tipo de vinculación que tienen los empleados de Capruis?*

3. *¿Por sus actos administrativos de creación y funcionamiento, al igual que sus estatutos, la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander, Capruis, se debe considerar establecimiento público o privado para la prestación de servicios de salud?*

4. *¿La existencia de la personería jurídica otorgada a la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander (Capruis), por la gobernación de Santander, cambia o tiene incidencia en la naturaleza de la entidad?*



5. *La existencia de personería jurídica otorgada a la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander (Capruis), por la gobernación de Santander, ¿cambia o tiene incidencia en la naturaleza de los cargos de los servidores?”*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Como se observa, el problema jurídico de la consulta se centra en la naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander (Capruis), así como en la naturaleza de los empleos de las personas que prestan sus servicios a esa entidad.

Ante la posibilidad de que el problema jurídico de la consulta se esté debatiendo actualmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Consejero Ponente mediante auto para mejor proveer dispuso:

*“Por Secretaría ofíciase:*

*Al Tribunal Administrativo de Santander para que en el término de tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente al recibo de la correspondiente comunicación, informe a la Sala sobre los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que se adelantan en ese Tribunal contra la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander (Capruis). Igualmente para que informe de los procesos que se adelantan contra Capruis por la prestación del servicio de salud, bien sea por el medio de control de controversias contractuales o por el de reparación directa.*

*Al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bucaramanga para que en el término de tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente al recibo de la correspondiente comunicación, informe a la Sala sobre los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que se adelantan en dichos juzgados contra la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander (Capruis). Igualmente para que informe de los procesos que se adelantan contra Capruis por la prestación del servicio de salud, bien sea por el medio de control de controversias contractuales o por el de reparación directa”.*

En respuesta a lo solicitado, el presidente del Tribunal Administrativo de Santander, mediante oficio del 9 de septiembre de 2015, informó que contra Capruis se *“encuentra activo un (1) proceso en acción de nulidad y restablecimiento del derecho de **carácter laboral** con el radicado 68001233000201500112-00, accionante Diana María Castillo Serrano”*. (Folio 84 del cuaderno principal. Se subraya)

Por su parte, el Jefe de la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Bucaramanga, mediante oficio OSJA 265 del 3 de septiembre de 2015, informó que contra Capruis se tramitaron en los juzgados Octavo Administrativo Oral y Doce Administrativo Oral de Bucaramanga dos acciones de tutela bajo los radicados *“68001333300820140021500, demandante: Beatriz Parra Liévano y 68001333301220140037700, demandante: Daniel Garavito Sepúlveda”*, respectivamente, las cuales se encuentran en apelación ante el Tribunal Administrativo de Santander. (Folio 83, ibídem).

La Sala, al respecto, ha entendido que no es procedente pronunciarse sobre asuntos que versen sobre una materia que actualmente esté sometida a decisión jurisdiccional o sustancialmente conexas con aquella<sup>1</sup>.

Así las cosas se observa que las decisiones judiciales pendientes en los procesos que se adelantan ante el Tribunal Administrativo de Santander contra Capruis corresponden: *i)* en uno de los casos, existe una relación directa con asuntos de carácter laboral, por lo que indiscutiblemente tendrá que establecerse la naturaleza jurídica de Capruis para de allí deducir la naturaleza de la vinculación laboral, y *ii)* a acciones de tutela en las que se debaten derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (artículo 49 C. P.). En estas circunstancias no procede emitir el concepto solicitado a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Remítase a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

---

<sup>1</sup> Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Pronunciamiento del 31 de octubre de 2012. Radicación Interna 2129; pronunciamiento del 9 de abril de 2014. Radicación Interna 2196 y pronunciamiento 2256 del 9 de julio de 2015.

#### 4. Régimen pensional especial para los aviadores civiles (artículo 6° del decreto ley 1282 de 1994): existencia, vigencia y diferencia con el régimen general de transición.

##### Radicado 2245

Fecha: 19/11/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 31 de mayo de 2016

El Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a la Sala una consulta originada por la controversia de interpretación que se ha suscitado acerca de si la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-228 de 2011, diferenció el régimen de pensiones especiales transitorias para los aviadores civiles del régimen general de transición establecido en la Ley 100 de 1993, y por lo tanto, si el primero finalizó el 31 de julio de 2010 o si está vigente hasta el 31 de diciembre de 2014.

### I. Antecedentes

El Ministro de Hacienda y Crédito Público expone, en síntesis, los siguientes antecedentes, los cuales se complementan con las normas citadas:

1. El Decreto 1015 de 1956 creó la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), como una caja de previsión social de carácter privado para los aviadores civiles. Esta entidad subsiste con los aportes de sus afiliados para atender las prestaciones sociales a cargo de los empleadores o empresas de aviación civil.

2. La Ley 32 de 1961 en su artículo 2°, reiteró la naturaleza jurídica privada de dicha Caja, en los siguientes términos:

*“Artículo 2°. La Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), entidad con personería jurídica, de carácter privado y sin ánimo de lucro, irá asumiendo el pago de las prestaciones sociales que corresponden a las empresas nacionales de aviación civil, de acuerdo con sus propios reglamentos y con las normas especiales que al efecto fije el Gobierno”.*

2. El consultante expresa:

*“Como es de conocimiento de esa Honorable Corporación, en materia de pensiones la Ley 100 de 1993, empezó a regir a partir del primero (1°) de abril de 1994, conforme lo dispuso el artículo 36 posteriormente modificado por la Ley 797 de 2003 y por el 151, ibídem”<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Respecto de este antecedente, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

a. La Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”*, empezó a regir, conforme al artículo 289, el 23 de diciembre de 1993, fecha de su publicación en el *Diario Oficial* n.º 41.148.

b. El Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, empezó a regir el 1° de abril de 1994, y para los servidores públicos del nivel territorial, a más tardar el 30 de junio de 1995, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 151 de la misma.

3. El decreto ley 1282 del 22 de junio de 1994, “*Por el cual se establece el régimen pensional de los aviadores civiles*”, creó un régimen pensional especial transitorio para estos y en los artículos 6º y 7º dispuso al respecto lo siguiente:

**“Artículo 6º. Pensiones especiales transitorias.** *En aquellos casos en los cuales el aviador no haya cumplido al 1º de abril de 1994 los diez (10) años de servicios, y por lo tanto, no sea beneficiario del régimen de transición aquí previsto, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez será el establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.*

*Para efectos de estas pensiones los afiliados cotizarán en los términos de la Ley 100 de 1993 y las empresas aportarán, además de lo previsto en la ley, cinco (5) puntos adicionales. Las empresas emitirán el respectivo bono pensional de acuerdo con las normas especiales sobre la materia”.*

**“Artículo 7º. Administradora del régimen.** *El régimen de transición previsto en el artículo 3º y las pensiones especiales transitorias consagradas en el artículo 6º del presente Decreto, correspondientes a los aviadores civiles de las empresas de transporte aéreo, serán administrados por la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC – CAXDAC, entidad a la cual sus afiliados harán las respectivas cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia”.*

4. El decreto ley 1283 del 22 de junio de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC*”, dispuso en su primer artículo lo siguiente:

**“Artículo 1º. Naturaleza jurídica.** *La entidad administradora del régimen de transición de los aviadores civiles definido en el Decreto 1282 de 1994, lo mismo que del régimen de pensiones especiales transitorias contenido en el artículo 6º de dicho decreto, será la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, ACDAC, denominada ‘CAXDAC’, entidad de seguridad social de derecho privado y sin ánimo de lucro, creada por medio del Decreto Legislativo número 1015 de 1956 y la Ley 32 de 1961”.*

5. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-179 de 1997, se pronunció sobre el tránsito de la Caja CAXDAC hacia el Sistema General de Pensiones. Dijo la Corte:

**“...resulta claro que la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles –CAXDAC– es una de las entidades subsistentes que deben ser adaptadas al nuevo Régimen de Seguridad Social Integral que introdujo la Ley 100 de 1993 y que a ella se dirige la preceptiva acusada que busca, justamente, **perfilar un régimen de transición, del que la mencionada Caja es entidad administradora, hacia el Sistema General de Pen-****

---

c. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de transición pensional para los trabajadores que cumplieran sus supuestos, siempre y cuando estuvieran en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Dicho artículo fue modificado parcialmente por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 4º de la Ley 860 de 2003, los cuales fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, por medio de las Sentencias C-1056 del 11 de noviembre de 2003 y C-754 del 10 de agosto de 2004, respectivamente, y en consecuencia, el citado artículo 36 mantuvo su texto.

*siones plasmado en la mencionada Ley 100 y orientado, de acuerdo con sus disposiciones, a cobijar, en el futuro, a la generalidad de la población”* (Resaltado del consultante).

6. El consultante transcribe el Acto Legislativo n.º 01 del 22 de julio de 2005, el cual adicionó varios incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política. Entre ellos, el párrafo transitorio 2º que dispuso que la vigencia de los regímenes pensionales especiales, entre otros, expiraba el 31 de julio de 2010 y el párrafo transitorio 4º que estableció que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que estando en dicho régimen, tuvieran al menos 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo, a quienes se les mantiene dicho régimen hasta el año 2014.

7. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-228 del 30 de marzo de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), declaró exequibles el artículo 6º del decreto ley 1282 de 1994, arriba transcrito, y los artículos 9º y 10 de la Ley 797 de 2003, modificatorios de los artículos 33 “*Requisitos para obtener la pensión de vejez*” y 34 “*Monto de la pensión de vejez*”, respectivamente, de la Ley 100 de 1993, por los cargos de la demanda, los cuales consistían en cuanto al citado artículo 6º en la presunta violación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos sociales, y en relación con los mencionados artículos 9º y 10 en que presuntamente se hacían más gravosas las condiciones, requisitos y cuantías como variables de la pensión de los aviadores civiles destinatarios de estas reformas y que dichos cambios afectaban de manera regresiva los derechos fundamentales de quienes tenían una expectativa legítima. El consultante transcribe numerosos apartes de la sentencia, como los siguientes:

*“3.2.1. Como se explica por parte de algunos intervinientes y por el Procurador General de la Nación se debe tener en cuenta en el caso concreto que el Decreto 1282 de 1994, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al gobierno por la Ley 100 de 1993, estableció el régimen pensional de los aviadores civiles agrupándolos en tres categorías:*

*1) El sistema general pensional definido en la Ley 100 de 1993 para los aviadores civiles vinculados a partir del 1 de abril de 1994. Estos trabajadores pueden escoger alguno de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, es decir el de prima media con prestación definida o la (sic) de ahorro individual con solidaridad<sup>2</sup>.*

*2) El régimen de transición para los aviadores civiles que al 1º de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos: a) Haber cumplido (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más de edad si son mujeres; b) Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más, que tienen derecho al reconocimiento de la pensión de*

2 Nota de la Corte Constitucional: En la Sentencia C-375 de 2004 (Eduardo Montealegre Lynnet) se explicaron estos dos regímenes y se dijo lo siguiente: “El sistema general de pensiones diseñado por el legislador, contempla dos regímenes que garantizan a los afiliados y a sus beneficiarios una serie de prestaciones sociales en el momento en que acaezcan ciertas eventualidades previamente definidas. Estas dos modalidades son: la de prima media con prestación definida y la de ahorro individual con solidaridad. En el primero de ellos, denominado régimen solidario de prima media con prestación definida, el afiliado o sus beneficiarios acceden a la pensión de jubilación (previamente definida) tras haber cumplido los requerimientos de edad y de tiempo fijados en la ley, sin importar el monto de los aportes que se hayan realizado a un fondo de naturaleza pública al cual cotizan tanto los empleadores como los trabajadores. El otro régimen –de ahorro individual con solidaridad– es manejado por medio de una cuenta individual a nombre del respectivo trabajador, en la cual se consignan los aportes para su pensión, los cuales junto con sus rendimientos, permitirán al mismo acceder al beneficio pensional una vez acumulado cierto capital en un Fondo de capitalización de naturaleza privada. En este plan, no es condición necesaria –como en el de prima media– tener cierta edad para poder retirarse ya que la misma es determinada según la modalidad específica de ahorro que elija el ciudadano”.

*jubilación a cualquier edad, cuando hayan completado 20 años de servicios continuos o discontinuos, en este caso el monto máximo de la pensión será el equivalente al 75% del promedio devengado en el último año de servicio.*

*3) El régimen pensional especial, contemplado en el artículo 6° objeto de esta demanda, para los aviadores civiles que no hayan cumplido al 1° de abril de 1994 los diez (10) años de servicio, y por ende no sean beneficiarios del régimen de transición a los que se les aplicará el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez que se establece en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. En este caso concreto, la edad para acceder a la pensión de vejez será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1.000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años”.*

El consultante concluye de esta sentencia que “existe un régimen pensional para aviadores civiles que se agrupa en tres categorías, diferente del Régimen de Transición”.

8. El Ministro resume la posición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los siguientes términos:

*“1ª. De conformidad con el artículo 6° del Decreto 1282 de 1994, para el caso particular de los aviadores civiles, la citada norma creó una pensión denominada ‘Especial Transitoria’.*

*2ª. De conformidad con la Sentencia C-228/11 se tiene que:*

- Existe un régimen de pensiones especiales transitorias para los aviadores civiles,*
- La regulación referente al número de semanas de cotización y monto de la pensión, es la contenida en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 y, no solo se aplica a los aviadores civiles en particular, sino que son los requisitos y montos generales para todos los trabajadores que han optado por el Régimen de Prima Media con prestación definida de la Ley 100 de 1993, excepto por la edad, toda vez que el trabajador podrá acceder a la pensión desde los 55 años de edad,*
- La reforma pensional contenida en la Ley 797 de 2003 es extensiva a todos los trabajadores que pertenecían al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de la Ley 100 de 1993;*

*3ª. El régimen pensional especial transitorio de los aviadores civiles a que hace referencia el Decreto 1282 de 1994, es diferente del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993;*

*4ª. Si las pensiones especiales transitorias tuviesen la misma naturaleza de las pensiones del régimen de transición se configuraría una desigualdad con el resto de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en la medida en que se les permite a los aviadores civiles obtener una pensión más beneficiosa (a menor edad) por el hecho de haber servido solamente 10 años a entidades de aviación, situación que no se replica en ningún otro régimen de transición del Sistema General de Pensiones;*

5ª. Los aviadores civiles que hubiesen cumplido con los requisitos establecidos por el Decreto 1282 de 1994 tendrían derecho al régimen de transición ordinario, siempre que hubieran reunido los requisitos establecidos por el Acto Legislativo n.º 01 de 2005, es decir: Tener 750 semanas cotizadas o laboradas al 25 de julio de 2005 o haber cotizado o laborado 20 años continuos o discontinuos, hasta el 2014;

6ª. Como pensión especial que es, por disposición expresa del Parágrafo Transitorio 2º del Acto Legislativo n.º 1 de 2005, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquiera otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones, expiró el día 31 de julio del año 2010 y no se extienden hasta el año 2014”.

9. Finalmente, el Ministro expresa la inquietud que motiva la consulta en estos términos:

*“De la lectura de las normas citadas y del texto de la Sentencia C-228/11 no se tiene certeza si la Corte Constitucional diferenció el Régimen de Pensiones Especiales Transitorias al (sic, del) Régimen de Transición y por lo tanto, como régimen especial que es, finalizó el 31 de julio de 2010 conforme lo dispuesto por el Parágrafo Transitorio 2º del Acto Legislativo n.º 01 de 2005 o si, por el contrario, está vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, conforme lo dispuesto por el Parágrafo Transitorio 4º, ibídem”.*

Con base en lo expuesto, el Ministro de Hacienda y Crédito Público formula las siguientes **PREGUNTAS:**

“1º. ¿Existe un Régimen Especial Transitorio para aviadores civiles?”

2º. En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿en qué se diferencia el Régimen Especial Transitorio para aviadores civiles del Régimen General de Transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003?

3º. En caso que el Honorable Consejo de Estado considere la existencia de un Régimen Especial Transitorio para aviadores civiles ¿qué vigencia tiene en el tiempo y cuál sería la edad, semanas de cotización y monto de pensión aplicables?”

#### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

**A. El campo de aplicación del decreto ley 1282 de 1994 y el significado dado por este a la expresión “aviadores civiles”**

El decreto ley 1282 del 22 de junio de 1994, “Por el cual se establece el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles”, establece en el artículo 1º su campo de aplicación y determina quiénes son los aviadores civiles objeto de su regulación, así:

**“Artículo 1º. Campo de aplicación.** El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los aviadores civiles, con excepción de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales previstas en el presente decreto.

*Para estos efectos se considerarán como aviadores civiles quienes sean titulares de una licencia válidamente expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, por medio de la cual se les haya habilitado para desempeñar las funciones de piloto o copiloto civil, cualquiera que sean las modalidades que contemplen los reglamentos”.*

Como se aprecia, este artículo 1º dispone que el Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993 se aplica a los aviadores civiles, “con excepción de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales previstas en el presente decreto”, refiriéndose en consecuencia, al régimen de transición de los aviadores civiles establecido por el artículo 3º del mismo decreto ley y a las pensiones especiales transitorias, instituidas por el artículo 6º de este.

La noción de “aviadores civiles” en este caso, se refiere, como dice la norma, a las personas que sean titulares de una licencia expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, que las habilita para cumplir las funciones de piloto o copiloto civil.

La primera y tercera preguntas de la consulta aluden a la existencia y las características del régimen pensional especial transitorio de los aviadores civiles y la segunda a la diferencia de este con el régimen general de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual resulta pertinente referirse primero al régimen especial y luego al de transición<sup>3</sup>.

## **B. El régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles y la Sentencia C-228 de 2011 de la Corte Constitucional**

El artículo 6º del mencionado decreto ley 1282 de 1994 estableció un régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles que se encontraran en los supuestos de la norma, la cual dispuso lo siguiente:

*“Artículo 6º. Pensiones especiales transitorias. En aquellos casos en los cuales el aviador no haya cumplido al 1º de abril de 1994 los diez (10) años de servicios, y por lo tanto, no sea beneficiario del régimen de transición aquí previsto, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez será el establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.*

*Para efectos de estas pensiones los afiliados cotizarán en los términos de la Ley 100 de 1993 y las empresas aportarán, además de lo previsto en la ley, cinco (5) puntos adicionales. Las empresas emitirán el respectivo bono pensional de acuerdo con las normas especiales sobre la materia”.*

3 Cabe anotar que el artículo 3º del Decreto Ley 1282 de 1994 estableció un régimen de transición pensional de los aviadores civiles en los siguientes términos:

“Artículo 3º. Régimen de transición de los aviadores civiles. Los aviadores civiles, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el presente artículo, siempre que al 1º de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres;

b) Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más”.

Sin embargo, la consulta inquiriere sobre la diferencia con el régimen general de transición de la Ley 100 de 1993, el cual fue prorrogado con determinadas condiciones, por el Acto Legislativo n.º 1 de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2014, y por lo tanto, la Sala se referirá exclusivamente a este.



Ahora bien, el artículo 1° del Acto Legislativo n.° 1 de 2005, “*Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*”, le adicionó efectivamente a este, entre otras disposiciones, el párrafo transitorio 2°, el cual estatuyó lo siguiente:

*“Parágrafo transitorio 2°. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010”.*

Como se observa, esta norma señala que la vigencia de los regímenes pensionales especiales, y el de los aviadores civiles contemplado en el artículo 6° del decreto ley 1282 de 1994 es uno de ellos, “*expirará el 31 de julio del año 2010*”.

Precisamente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-228 del 30 de marzo de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), declaró exequibles, por los cargos de la demanda, el transcrito artículo 6° del decreto ley 1282 de 1994 y los artículos 9° y 10 de la Ley 797 de 2003, modificatorios estos últimos de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, respectivamente, referentes a los requisitos para obtener la pensión de vejez y el monto de esta en el sistema general de pensiones.

Como se mencionó en los antecedentes de la consulta, la Corte Constitucional estableció con base en el decreto ley 1282 de 1994 la existencia de tres categorías en el régimen pensional de los aviadores civiles, una de las cuales corresponde al régimen pensional especial del artículo 6°, el cual explicó de la siguiente forma:

*“(…) El régimen pensional especial, contemplado en el artículo 6° objeto de esta demanda, para los aviadores civiles que no hayan cumplido al 1° de abril de 1994 los diez (10) años de servicio, y por ende no sean beneficiarios del régimen de transición a los que se les aplicará el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez que se establece en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. En este caso concreto, la edad para acceder a la pensión de vejez será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1.000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años”.*

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-228/11, hizo el análisis de la vigencia del régimen pensional especial para los aviadores civiles y la distinguió de la vigencia del régimen general de transición existente hasta el 2014 para los trabajadores que cumplan con los supuestos del párrafo transitorio 4° del artículo 48 constitucional, adicionado por el Acto Legislativo n.° 1 de 2005. Expuso la Corte lo siguiente:

*“(…) Como advierten algunos coadyuvantes e intervinientes se debe analizar en primer lugar si la norma demandada, que consiste en la remisión que se hace en el artículo 6° del decreto ley 1282 de 1994 a los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, continúa vigente después de la Reforma Constitucional que se produjo con el Acto Legislativo n.° 1 de 2005 que reformó el artículo 48 de la C.P. Según la Exposición de Motivos la finalidad de la reforma constitucional del artículo 48 de la C. P. fue procurar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social asegurando la*

*efectividad y la eficiencia de este. Al mismo tiempo se dijo que el acto legislativo introduce dos nuevos criterios o principios a tener en cuenta en el sistema de seguridad social colombiano, además del de universalidad, progresividad, eficiencia y solidaridad, que son los principios de equidad y sostenibilidad financiera del sistema, los cuales se incluyen "...por cuanto se dispone de recursos limitados que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población para lo cual se deben establecer los mecanismos que logren la suficiencia con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho".*

*(...) En cuanto a los regímenes especiales en dicha reforma se adiciona el párrafo transitorio 4º que establece que, "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"<sup>4</sup>.*

*(...) Si se tiene en cuenta que el Acto Legislativo n.º 1 de 2005 entró a regir el 25 de julio de 2005, cuando se publicó dicho acto en el Diario Oficial<sup>5</sup>, en el caso concreto solo se entienden como vigentes los derechos adquiridos de los aviadores civiles que hubieran completado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio, a los que se les puede mantener dicho régimen hasta el año 2014. En tal sentido resulta ilustrativo la Sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 3 de abril de 2008<sup>6</sup> que estableció que a pesar de que en la reforma constitucional de 2005, se dispuso que los regímenes especiales quedan suprimidos a partir del 25 de julio de 2005, quedan a salvo los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos antes de esta fecha, los que deben ser acatados y respetados y no deben ser desconocidos y vulnerados.*

*...) Por otro lado se debe analizar si en el caso concreto se puede aplicar el principio de no regresividad de la expectativa legítima al grupo de aviadores civiles que estaban cobijados por el régimen de pensiones especiales y que han cumplido más de 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio al momento de entrar a regir el Acto Legislativo n.º 1 de 2005. Es decir que la Corte en el caso concreto debe verificar si aquellos aviadores civiles que no hacían parte del régimen de transición, sino del régimen especial, se les vulneró el principio de no regresividad de las expectativas pensionales, lo cual lleva a que la Corte en este caso deba estudiar si la modificación se realizó teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad que proscriben reformas pensionales abruptas, inopinadas y arbitrarias, aspectos que se estudiarán en el siguiente acápite".*

Finalmente, la Corte Constitucional en la referida sentencia, encontró que en el caso concreto de los aviadores que hacían parte del régimen especial, no se les vulneró el principio de no regresividad de las expectativas pensionales. Sostuvo la Corte lo siguiente:

4 Nota de la Corte Constitucional: Este párrafo se complementa (con) el párrafo transitorio segundo que establece que, "Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la fuerza pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del sistema general de pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

5 Nota de la Corte Constitucional: El Acto Legislativo entró en vigencia el 25 de julio de 2005 cuando se publicó el Acto en el Diario Oficial No 45980.

6 Nota de la Corte Constitucional: M. P. José Gnecco Mendoza. Radicación No 29907 de 3 de abril de 2008.

“(…) Respecto de dichos cambios (se refiere a los cambios introducidos por los artículos 9° y 10 de la Ley 797 de 2003, a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, sobre las semanas de cotización y el monto de la pensión, respectivamente) hay que tener en cuenta tres elementos importantes con relación al artículo 6° del Decreto 1282 de 1994, que establece el régimen de “pensiones especiales transitorias” para los aviadores civiles. En primer lugar (i) que con la reforma de la Ley 797 de 2003 no varía la prerrogativa de que para este grupo de aviadores civiles la edad de jubilación se reduce, ya que se establece que será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1.000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años. En segundo término (ii) hay que resaltar que la regulación en materia de número de semanas de cotización y monto de la pensión contemplados en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, en donde se hace la remisión del artículo 6°, no solo se aplica a los aviadores civiles en particular, sino que son los requisitos y montos generales para **todos los trabajadores** que han optado por el sistema de prima media con prestación definida de la Ley 100 de 1993. Por último (iii) se debe tener en cuenta que el legislador previó que el régimen especial de pensiones resultaba más oneroso para el sistema teniendo en cuenta los beneficios que se establecen en materia de edad y dispuso en el inciso final del artículo 6° que para efectos de estas pensiones los afiliados cotizarán en los términos de la Ley 100 de 1993 y las empresas aportarán, “además de lo previsto en la ley, cinco (5) puntos adicionales”<sup>77</sup>. (…).

En conclusión, no encuentra la Corte que para el grupo de aviadores civiles de régimen de pensión especial, es decir para los pilotos que se vincularon antes de 1994 pero que no tenían la edad suficiente para pertenecer al régimen de transición, se les haya vulnerado el principio de no regresividad a la expectativa pensional que tenían antes de la reforma de la Ley 797 de 2003. Como se analizó anteriormente, a este grupo de pilotos la prerrogativa que se les da en el régimen especial del Decreto 1282 de 1994 se relaciona con la edad pero cuando se trata de determinar el número de semanas necesarias y el monto de la pensión se les aplica las reglas generales de prima media con prestación definida de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Es decir que en este caso la reforma de la Ley 797 de 2003 no es desproporcionada ni arbitraria ni va en contra del principio de no regresividad de los derechos pensionales ya que para este grupo de aviadores civiles se mantienen las expectativas especiales en materia de edad de jubilación. Por otra parte considera la Corte que el cambio legal de número de semanas y monto de la pensión de los artículos 9° y 10 de la Ley 797 de 2003 tuvo una explicación necesaria, idónea y proporcional de parte del legislador, que fue el sostenimiento del sistema de pensiones, sostenimiento que se relaciona con los principios de eficiencia, universalidad y equidad del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la C. P. Finalmente se debe tener en cuenta que las modificaciones de la Ley 797 de 2003 no fueron discriminatorias ni exclusivas para el grupo de aviadores civiles de régimen de pensión especial ya que la reforma pensional afectó a todos los trabajadores que pertenecían al régimen de prima media con prestación definida de la Ley 100 de 1993. Por tod(a)s esta(s) razones la Corte (encuentra) que las normas demandadas son exequibles”.

77 Nota de la Corte Constitucional: Se debe observar que en la Sentencia C-056 de 2010 (M. P. Mauricio González Cuervo), en donde se hizo el análisis de constitucionalidad de las mismas normas, el Ministerio de Protección Social estableció que, “...si bien cambiaron los requisitos relativos al tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de la pensión, no solo para todos los afiliados al Sistema General de Pensiones, también es cierto que el requisito más favorable de edad de que gozan los aviadores en el régimen especial transitorio, consagrado en otro aparte del artículo 6° demandado, se mantiene igual...”. Este mismo argumento lo expone el Ministerio en el numeral 4.5.7 de los antecedentes de esta providencia.

En consecuencia, como se advierte de la Sentencia C-228/11 de la Corte Constitucional, el artículo 6° del decreto ley 1282 de 1994 sobre el régimen pensional especial de los aviadores civiles, fue declarado exequible, al igual que los artículos 9° y 10 de la Ley 797 de 2003, sobre los requisitos para obtener la pensión de vejez y el monto de la pensión, a los cuales remite el primero, de manera que interpretando armónicamente el citado artículo 6° con el párrafo transitorio 2° del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo n.° 1 de 2005, se deduce que el régimen pensional especial de los aviadores civiles mantuvo su vigencia hasta el 31 de julio de 2010.

Con base en lo expuesto se concluye que, en relación con las preguntas primera y tercera de la consulta, resulta necesario señalar que el régimen pensional especial transitorio de los aviadores civiles existe efectivamente, su vigencia quedó establecida hasta el 31 de julio de 2010 por el mencionado párrafo transitorio constitucional, y sus características se encuentran mencionadas en el citado artículo 6° del decreto ley 1282 de 1994, así:

i) En relación con su causación: Se reconoce dicho régimen a los aviadores civiles que no hubieran cumplido al 1° de abril de 1994 los diez (10) años de servicios y por lo tanto, no fueran beneficiarios del régimen de transición del artículo 3° del mismo decreto ley.

ii) En relación con la edad: En este régimen especial, la edad para acceder a la pensión de vejez es de cincuenta y cinco (55) años, la cual se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

iii) En relación con las semanas de cotización y el monto de la pensión: Se aplican los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9° y 10 de la Ley 797 de 2003, respectivamente.

### **C. Diferencia del régimen pensional especial transitorio para aviadores civiles con el régimen general de transición para los trabajadores afiliados al régimen de prima media**

La segunda pregunta de la consulta se refiere a establecer la diferencia entre el régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles y el régimen general de transición de la Ley 100 de 1993 para los trabajadores afiliados al régimen solidario de prima media con prestación definida. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece dicho régimen general de transición, en la siguiente forma:

*“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 dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”<sup>8</sup>.*

<sup>8</sup> El inciso primero del artículo 36 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-410/94, por no infringir el artículo 13 de la Carta en cuanto al principio de igualdad entre el hombre y la mujer, y luego mediante la Sentencia C-126/95, por los cargos formulados en la demanda.

*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<sup>9</sup> 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<sup>10</sup>.*

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (La segunda parte de este inciso fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-168/95)<sup>11</sup>.*

*Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen<sup>12</sup>.*

*Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida<sup>13</sup>.*

*Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley<sup>14</sup> hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.*

**Parágrafo.** *Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.*

9 El Sistema General de Pensiones entró a regir el día primero (1º) de abril de 1994, y para los servidores públicos del nivel territorial el 30 de junio de 1995, de conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

10 El inciso segundo del artículo 36 fue modificado por los artículos 18 de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 860 de 2003, los cuales fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante las Sentencias C-1056/03 y C-754/04, respectivamente. El primer párrafo del inciso segundo fue declarado executable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-410/94 por no infringir el principio de igualdad entre el hombre y la mujer. El inciso segundo fue declarado executable por medio de la Sentencia C-168/95 y el primer párrafo y concretamente la expresión "al cual se encuentren afiliados" fueron declarados executable por la Sentencia C-596/97.

11 El inciso tercero del artículo 36 fue declarado executable, salvo la parte omitida que fue declarada inexecutable por la Sentencia C-168/95.

12 El inciso cuarto del artículo 36 fue declarado condicionalmente executable por la Sentencia C-789/02.

13 El inciso quinto del artículo 36 fue modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, el cual fue declarado inexecutable por la Sentencia C-1056/03. El inciso quinto fue declarado condicionalmente executable mediante la Sentencia C-789/02 de la Corte Constitucional.

14 El día 23 de diciembre de 1993, conforme al artículo 289 de la Ley 100 de 1993.

*(Parágrafo 2º. A esta norma le adicionaron un parágrafo 2º los artículos 18 de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 860 de 2003, pero la Corte Constitucional declaró inexequibles tales artículos mediante las Sentencias C-1056/03 y C-754/04, respectivamente)."*

Precisamente sobre el régimen general de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo n.º 1 de 2005 adicionó al artículo 48 de la Constitución Política el parágrafo transitorio 4º, el cual estableció lo siguiente:

*"Parágrafo 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<sup>15</sup>, 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."*

Como se advierte, una primera diferencia entre el régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles y el régimen general de transición, estriba en su vigencia: la del primero está fijada hasta el 31 de julio de 2010, conforme quedó explicado, mientras que la del segundo quedó establecida hasta el 2014, o más exactamente, hasta el 31 de diciembre de 2014, como lo señaló la Sala en el Concepto n.º 2194 del 10 de diciembre de 2013 (C.P. William Zambrano Cetina), mediante el cual precisó la vigencia del régimen de transición en estos términos:

*"De conformidad con el parágrafo transitorio 4º del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, el régimen de transición para las personas señaladas en él, se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014."*

Ahora bien, los dos regímenes se diferencian, de acuerdo con su respectiva normatividad, en relación con su causación, la edad, el tiempo de cotización o de servicios y el monto de las pensiones, en la siguiente forma:

1) En cuanto a la causación: El régimen pensional especial transitorio es para aquellos aviadores civiles que no hubieran cumplido al 1º de abril de 1994 los diez (10) años de servicio y por ende no fueran beneficiarios del régimen de transición establecido para los aviadores civiles, mientras que para acceder al régimen general de transición se exige que el trabajador que se encuentra en el régimen solidario de prima media con prestación definida, al 1º de abril de 1994 hubiera cumplido cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Hubiera cumplido cuarenta (40) o más años de edad si es hombre, o treinta y cinco (35) o más años de edad si es mujer.

b) Tuviera quince (15) o más años de servicios cotizados.

<sup>15</sup> El Acto Legislativo n.º 1 de 2005, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 2º, entró en vigencia a partir de la fecha de su publicación, la cual ocurrió en el *Diario Oficial* n.º 45.980 del 25 de julio de 2005.

## 2) En cuanto a la edad:

En el régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles, la edad para acceder a la pensión de vejez es de cincuenta y cinco (55) años, la cual se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

En el régimen general de transición la edad para acceder a la pensión de vejez, es la establecida en el régimen anterior al 1º de abril de 1994, al cual se encontraba afiliado el trabajador.

## 3) En cuanto al tiempo de cotización o de servicios y el monto de las pensiones:

En el régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez son los establecidos en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9º y 10 de la Ley 797 de 2003, respectivamente.

En el régimen general de transición el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez son los establecidos en el régimen anterior al 1º de abril de 1994, al cual se encontraba afiliado el trabajador.

En síntesis se trata de dos regímenes distintos, cada uno con unas condiciones y características propias.

## D. Aclaración final

El Concepto emitido por la Sala que responde a la literalidad de la consulta formulada, debe sin embargo acompañarse de la siguiente aclaración: La expiración de la vigencia del régimen pensional especial transitorio de los aviadores civiles, no impide que estos puedan ser sujetos de los derechos del régimen general de transición, en el evento de que se cumplan en cada caso los requisitos que la ley exige para merecer la aplicación del mencionado régimen, lo cual significa, además, la concreción de los principios constitucionales de igualdad y de favorabilidad laboral.

### LA SALA RESPONDE:

*“1º. ¿Existe un Régimen Especial Transitorio para aviadores civiles?”*

Sí. Existe un régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles, el cual se encuentra contemplado en el artículo 6º del decreto ley 1282 de 1994, *“Por el cual se establece el régimen pensional de los aviadores civiles”* y en el párrafo transitorio 2º del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo n.º 1 de 2005.

*“2º. En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿en qué se diferencia el Régimen Especial Transitorio para aviadores civiles del Régimen General de Transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003?”*

El régimen pensional especial transitorio para aviadores civiles contemplado en el artículo 6º del decreto ley 1282 de 1994 se diferencia del régimen general de transición esta-

blecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para los trabajadores afiliados al régimen solidario de prima media con prestación definida que cumplan sus supuestos (con la anotación de que el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del citado artículo 36, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056/03), en lo siguiente:

1) En cuanto a la causación: El régimen pensional especial transitorio es para aquellos aviadores civiles que no hubieran cumplido al 1º de abril de 1994 los diez (10) años de servicio y por ende no fueran beneficiarios del régimen de transición establecido para los aviadores civiles, mientras que para acceder al régimen general de transición se exige que el trabajador que se encuentra en el régimen solidario de prima media con prestación definida, al 1º de abril de 1994 hubiera cumplido cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Hubiera cumplido cuarenta (40) o más años de edad si es hombre, o treinta y cinco (35) o más años de edad si es mujer.

b) Tuviera quince (15) o más años de servicios cotizados.

2) En cuanto a la edad:

En el régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles, la edad para acceder a la pensión de vejez es de cincuenta y cinco (55) años, la cual se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

En el régimen general de transición la edad para acceder a la pensión de vejez, es la establecida en el régimen anterior al 1º de abril de 1994, al cual se encontraba afiliado el trabajador.

3) En cuanto al tiempo de cotización o de servicios y el monto de las pensiones:

En el régimen pensional especial transitorio para los aviadores civiles, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez son los establecidos en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9º y 10 de la Ley 797 de 2003, respectivamente.

En el régimen general de transición el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez son los establecidos en el régimen anterior al 1º de abril de 1994, al cual se encontraba afiliado el trabajador.

4) En cuanto a la vigencia:

La vigencia del régimen pensional especial transitorio para aviadores civiles quedó establecida hasta el día 31 de julio de 2010, de acuerdo con el parágrafo transitorio 2º del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo n.º 01 de 2005. La vigencia del régimen general de transición quedó fijada hasta el 31 de diciembre de 2014, de acuerdo con el parágrafo transitorio 4º del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo n.º 01 de 2005.



*“3°. En caso que el Honorable Consejo de Estado considere la existencia de un Régimen Especial Transitorio para aviadores civiles ¿qué vigencia tiene en el tiempo y cuál sería la edad, semanas de cotización y monto de pensión aplicables?”*

Las preguntas sobre la vigencia, la edad, las semanas de cotización y el monto de pensión aplicables al régimen pensional especial transitorio para aviadores civiles, fueron absueltas con ocasión de la respuesta dada a la pregunta anterior.

Finalmente la Sala aclara que la expiración de la vigencia del régimen pensional especial transitorio de los aviadores civiles, no impide que estos puedan ser sujetos de los derechos del régimen general de transición, en el evento de que se cumplan en cada caso los requisitos que la ley exige para merecer la aplicación del mencionado régimen, lo cual significa, además, la concreción de los principios constitucionales de igualdad y de favorabilidad laboral.

Remítase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

## 5. Liquidación y reconocimiento de pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de la Universidad Nacional de Colombia

### Radicado 2205

Fecha: 04/12/2014

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 13 de junio de 2016

La Ministra de Educación Nacional, a solicitud de la Universidad Nacional de Colombia, consulta sobre los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de la liquidación y reconocimiento de las pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de dicha institución de educación superior, con base en los siguientes:

### I. Antecedentes

1. Señaló la señora Ministra que el Comité de Conciliación de la Universidad Nacional de Colombia decidió aplicar la jurisprudencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, y con el fin de establecer algunos asuntos que se relacionan con la reliquidación de las pensiones de jubilación del citado ente universitario, el 31 de octubre de la pasada anualidad elevó consulta ante esta Sala.

2. Que como consecuencia de la solicitud elevada por ese Ministerio, la Sala de Consulta y Servicio Civil el 24 de enero de 2013 se declaró inhibida para conocer del asunto debido a que para ese entonces cursaba ante la Corte Constitucional una demanda contra el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, y la función consultiva no puede ejercerse sobre controversias que se encuentran pendientes de ser resueltas judicialmente.

3. Precisó que el Comité de Conciliación de la Universidad Nacional de Colombia ante el pronunciamiento inhibitorio de la Sala de Consulta aprobó el reconocimiento de las pensiones de jubilación en los términos de la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, pero sin tener en cuenta los factores salariales de creación del Consejo Superior Universitario.

4. Comentó que la Corte Constitucional en sentencia de 24 de junio de 2013, frente a la demanda de inconstitucionalidad del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 33 de 1985 no emitió pronunciamiento de fondo por la ineptitud sustantiva de la demanda ante la inexistencia de cargos de inconstitucionalidad<sup>1</sup>.

5. Teniendo en cuenta que las razones de inhibición de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado fueron superadas, solicita nuevamente concepto con el fin de absolver las inquietudes que surgen con ocasión de la aplicación del fallo de unificación de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado.

<sup>1</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 2013.

Con base en lo anterior **PREGUNTA:**

1. “Los descuentos autorizados sobre los factores que no fueron objeto de cotización ¿deben realizarse sobre la totalidad de los tiempos en que existió la relación laboral? ¿Es procedente aplicar algún tipo de prescripción?”

2. “Los descuentos sobre los factores que no fueron objeto de cotización ¿deben actualizarse de acuerdo al IPC certificado anualmente por el DANE, con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de los aportes, y contribuir así al financiamiento del mayor valor reliquidado?”

3. “Los descuentos sobre los factores que no fueron objeto de cotización, ¿deben realizarse también con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 1° de abril de 1994?”

4. Con ocasión de la aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, ¿es procedente efectuar los descuentos con destino al Fondo de Solidaridad Pensional sobre aquellos factores que no fueron objeto de cotización a partir del 1° de abril de 1994?”

5. ¿Se deben incluir como factores de reliquidación pensional el quinquenio, la bonificación de bienestar universitario y la bonificación especial de bienestar, los cuales fueron creados por el Consejo Superior Universitario?”

Dando alcance a esta consulta, la Ministra de Educación Nacional presentó un escrito de ampliación en el que solicitó a la Sala determinar si las vacaciones constituyen factor salarial. Con base en lo anterior se formula la siguiente **PREGUNTA:**

¿Las vacaciones constituyen factor de salario, y por tanto deben ser incluidas en la liquidación de la pensión de jubilación de los servidores públicos del régimen de transición de la Universidad Nacional de Colombia?”

## **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

### **A. Problemas jurídicos**

La solicitud de consulta plantea varios problemas jurídicos, uno de ellos consiste en determinar si frente a las pensiones de jubilación que debe reconocer la Universidad Nacional de Colombia en los términos de la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, se pueden incluir con carácter de factor salarial el quinquenio, la bonificación de bienestar universitario, la bonificación especial de bienestar y las vacaciones.

Además se pregunta si sobre los factores salariales que no fueron objeto de cotización deben realizarse los respectivos descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Fondo de Solidaridad Pensional. Igualmente, si esos descuentos deben actualizarse de acuerdo al IPC certificado anualmente por el DANE. También se pide a la Sala examinar si en el caso en que sean factibles los descuentos por los factores salariales no cotizados, deben hacerse sobre la totalidad de los tiempos en que existió la relación laboral, o si ocurre algún tipo de prescripción.

## B. Análisis de la Sala

Para resolver los problemas jurídicos que se plantean se estudiarán los siguientes aspectos: 1) el contexto general del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación al personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, 2) el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, 3) el concepto de factor salarial y los criterios que permiten identificarlo, 4) la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos administrativos en las universidades estatales, 5) la factibilidad de realizar los respectivos descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Fondo de Solidaridad Pensional sobre los factores salariales no cotizados, 6) el estudio de la prescripción de los descuentos sobre aquellos factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión que en su momento no fueron cotizados, y finalmente, 7) la actualización conforme al índice de precios al consumidor (IPC) sobre dichos descuentos.

### 1. Contexto general del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación al personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia

En el Sistema de Seguridad Social en Colombia se destacan dos referentes históricos de lo que fue el sistema de seguridad social pensional hasta 1993: la aparición de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) con la Ley 6ª de 1945<sup>2</sup>, y la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS) con la Ley 90 de 1946<sup>3</sup>. La primera entidad se creó como un mecanismo de la seguridad social para los empleados públicos del sector central nacional, en tanto que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió como una alternativa para asegurar los riesgos de enfermedad y de trabajo de los empleados vinculados al sector privado.

La Ley 6ª de 1945 abrió la posibilidad de que se crearan múltiples cajas de previsión tanto nacionales como territoriales financiadas principalmente con aportes del Estado y de los trabajadores públicos<sup>4</sup>. De esta manera, la posibilidad y obligación de reconocer derechos pensionales quedó en cabeza de cualquier entidad de derecho público que gozara de autonomía administrativa y presupuestal, lo que a su vez generó la existencia de diferentes regímenes establecidos de forma independiente por cada entidad, ya fuera mediante convenciones colectivas de trabajo, ordenanzas, o acuerdos, aunados a la normatividad que de manera general debía aplicarse a los funcionarios del Estado.

Esta complejidad de regímenes llevó al legislador a la creación de un sistema que pretendió unificar las condiciones y beneficios pensionales para todos los colombianos con algunas excepciones<sup>5</sup>, centralizar la función del reconocimiento del derecho de pensión, e imposi-

2 En la Ley 6ª de 1945 “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo” se generalizaron los derechos a pensión, salud y riesgos profesionales de los trabajadores.

3 En la Ley 90 de 1946 “por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, se estableció un sistema de seguridad social propiamente dicho como patrimonio autónomo y se reconocieron las prestaciones laborales, entre ellas el derecho a una pensión de vejez, primas de carácter no salarial y ayudas relacionadas con la prestación de servicios de salud.

4 Ley 6ª de 1945 “Artículo 23. Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas Instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”.

5 El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó unos sectores de la aplicación del nuevo Sistema General de Pensiones, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas,

bilitar a los entes públicos para continuar otorgándola<sup>6</sup>. Fue así como la Ley 100 de 1993<sup>7</sup> creó un sistema compuesto por dos regímenes excluyentes entre sí: el de ahorro individual<sup>8</sup>, soportado principalmente en la capacidad de ahorro de los afiliados y el mercado de capitales, y el de prima media con prestación definida<sup>9</sup>, sistema tradicional de reparto donde lo fundamental es acreditar requisitos de edad y de tiempo de servicio.

Ahora bien, cuando un sistema pensional se modifica pueden afectarse las expectativas de quienes pretendían obtener el derecho pensional. Es así como dentro las reformas legales se implementan mecanismos que buscan evitar la frustración de las expectativas de quienes están cerca de adquirir el derecho a la pensión y a través de adecuaciones de tránsito legislativo se tienen en cuenta las normas originales, conservando o extendiendo sus efectos, aún dentro de la vigencia del nuevo ordenamiento.

En Colombia esta protección se consagró en el artículo 36<sup>10</sup> de la Ley 100 de 1993, norma que sobre cada uno de los aspectos que contiene ha generado una serie de interpretaciones y de controversias jurídicas. Particularmente, en relación con los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar las pensiones, se han distanciado de manera palmaria la jurisprudencia de las altas cortes<sup>11</sup>.

En este contexto, para absolver la consulta se requiere por parte de la Sala hacer un análisis sobre algunos efectos que trae el reconocimiento de las pensiones del personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia beneficiarios del régimen de transición. Sea lo primero señalar a este respecto que conforme al artículo 1° del Decreto 1210 de 1993<sup>12</sup>, la Universidad Nacional de Colombia, es un Ente Universitario Autónomo del orden Nacional, vinculado al Ministerio de Educación Nacional y en virtud del artículo 26 *ibídem*, en relación con el régimen prestacional se remite al “Estatuto del Personal Administrativo” de la Universidad Nacional de Colombia, el cual fue expedido por el Consejo Superior Universitario de la referida institución mediante Acuerdo n.º 67 de 1996.

---

a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 y a los Servidores Públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol).

- 6 Son reiteradas las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en las cuales se establece la existencia de solo dos regímenes especiales, y la prohibición a las entidades públicas de continuar reconociendo disposiciones municipales o departamentales, entre otros los artículos 12, 13, 15 y 146, disposiciones ratificadas por el parágrafo segundo del Acto Legislativo 001 de 2005.
- 7 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.
- 8 El régimen de ahorro individual fue novedoso en nuestro país y siguió el modelo propuesto por Chile desde 1981 a partir del mercado de capitales, incorporando en nuestro sistema las administradoras de fondos privados de pensiones –AFP–, las cuales a partir de los conceptos de ahorro y rendimientos financieros ofrecen a sus afiliados una expectativa de pensión según el capital ahorrado.
- 9 La otra opción, denominada régimen de prima media con prestación definida, continuó con el sistema de reparto, administrado en Colombia desde 1967 por el Instituto de Seguros Sociales, entidad que mantuvo la administración del régimen hasta que, en cumplimiento de la Ley 1151 de 2007, fue reemplazado por una nueva entidad llamada Colpensiones (artículo 155, incisos 2º y 3º).
- 10 Ley 100 de 1993. “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 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 (...)”.
- 11 La Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 2069 de 16 de febrero de 2012 al estudiar una solicitud del Ministerio de Educación Nacional en relación al deber del Instituto de Seguros Sociales de dar aplicación al precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado señaló: “Respecto del asunto consultado, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido de manera constante un criterio restringido sobre los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985. En particular, ha señalado que solo se pueden incluirse (sic) los factores de liquidación previstos expresamente en dicha ley (lista taxativa), con exclusión, por tanto, de las primas de servicios, navidad o vacaciones”.
- 12 Decreto 1012 del 28 de junio de 1993, “Por el cual se reestructura el régimen orgánico especial de la Universidad Nacional de Colombia”.

El artículo 32 del “Estatuto del Personal Administrativo” en lo referente a las prestaciones sociales de esta categoría de personal, se remitió a su vez a la normatividad general aplicable a los servidores públicos, en especial a aquellos pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional, es decir, la Ley 4ª de 1992 y sus decretos reglamentarios, así como a los acuerdos del Consejo Superior Universitario, las resoluciones de la Rectoría vigentes a esa fecha y a las normas que los complementen, modifiquen o adicionen<sup>13</sup>.

Se colige entonces que a las pensiones de jubilación del personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, les es aplicable el régimen general de pensiones que rige a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, es decir, la Ley 100 de 1993, y a los beneficiarios del régimen de transición les es aplicable las reglas previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985<sup>14</sup>.

## 2. La unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión del personal beneficiario del régimen de transición

Como lo indicó la entidad consultante la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010,<sup>15</sup> unificó su posición jurisprudencial en relación con los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se les aplica la Ley 33 de 1985,<sup>16</sup> modificada por la Ley 62 de ese mismo año<sup>17</sup>.

El problema jurídico que se propuso asumir la Sección Segunda en la sentencia de unificación, consistió en determinar si procedía el reajuste de la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios. Para el efecto, reiteró que a las personas en régimen de transición se les debe

- 13 La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 1076 de 15 de abril de 1998, sobre la competencia del Gobierno nacional para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados de los entes universitarios autónomos manifestó: “Dado que las personas que prestan sus servicios tanto en el área docente como administrativa de las universidades del Estado son servidores públicos, que el presupuesto de estas entidades proviene casi en su totalidad del Estado, que por expresa disposición legal corresponde al Gobierno nacional regular el régimen salarial y prestacional y que la ley 30 de 1992 consagró en el artículo 77 que el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales se regirá por la ley 4ª de 1992 y demás normas complementarias, la Sala considera que compete al Presidente de la República fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrativo de las universidades oficiales”.
- 14 La Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el régimen de transición pensional en el sector público señaló lo siguiente: “En los distintos pronunciamientos que le ha correspondido emitir a esta Sala (...), para dilucidar variadas inquietudes referidas a la expresión “régimen anterior” contenida en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para efectos de la concreción del régimen de transición que esta consagra, ha sido criterio uniforme que, tratándose de empleados públicos y trabajadores oficiales, la ley 33 de 1985 era el régimen general aplicable en materia de pensión de jubilación y por ende, a ella refiere el artículo 36 en cita”. Cfr. Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, de 9 de marzo de 2006. Radicación 1718. v. et. Conceptos 960 de 5 junio de 1997, 960 (ampliación) de 20 de mayo de 1998 y 1390 de 11 de febrero del 2002.
- 15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).
- 16 Ley 33 de 1985. “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”. (...) “Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. “Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.// Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.// En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.
- 17 Ley 62 de 1985. “Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985” Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

aplicar en su integridad el régimen pensional anterior<sup>18</sup>, que para el caso era el previsto en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad. Respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, la sentencia identificó tres criterios jurisprudenciales divergentes en la materia sobre los cuales justamente unificaría su posición.

El primero de estos sostenía que *“la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual: “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (...)”*<sup>19</sup>.

Una segunda posición argumentó que *“debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado (...)”*<sup>20</sup>.

Y un tercer criterio partía de la base de que las *“pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar”*<sup>21</sup>.

La diferencia de enfoques se zanjó en la sentencia de unificación a favor de la tesis menos restrictiva conforme a la cual en la Ley 33 de 1985 no se indican en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional de las personas en el régimen de transición, sino que, deduce la sentencia, los mismos están simplemente enunciados, de manera que es viable incluir todos aquellos percibidos por el trabajador, previa deducción de los descuentos que por aportes deban efectuarse. Se sustentó así esta posición:

*“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (...)”*

*Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vi-*

18 *Ibidem.* Al respecto señaló la sentencia: *“Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda”.*

19 *Ibidem.*

20 *Ibidem.*

21 *Ibidem.*

gente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

*De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (...) Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. (...).*

*En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos<sup>22</sup>. (Resalta la Sala).*

Teniendo en cuenta estos argumentos y con el fin de determinar si las pensiones de jubilación que reconoce la Universidad Nacional de Colombia en virtud del artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 deben o no incluir con carácter de factor salarial el quinquenio, la bonificación de bienestar universitario, la bonificación especial de bienestar y las vacaciones, entiende la Sala que es imperioso indagar por el concepto de factor salarial y los criterios que permiten identificar si cada una de esas partidas económicas tienen la connotación de salario.

### **3. El concepto de factor salarial y los criterios que permiten identificarlo**

Sea lo primero recordar que el Código Sustantivo de Trabajo no aplica a las relaciones laborales individuales de los empleados públicos, sin embargo, contiene una serie de principios y conceptos propios que rigen todas las relaciones laborales, independiente de su naturaleza. En este sentido interesa advertir sobre el contenido de las definiciones positiva y negativa de salario contenidas en este estatuto. Los artículos 127 y 128 delimitan el concepto de salario así:

*“Artículo 127. Elementos integrantes. (Modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino*



todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones<sup>23</sup>.

*Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. (Modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad<sup>24</sup>.*

La definición normativa que trae el Código Sustantivo del Trabajo sirve como criterio hermenéutico en todo lo relativo al régimen jurídico laboral del salario, contribuyendo a su delimitación<sup>25</sup>. Por tal razón, con el objeto de precisar la noción de salario y factor salarial, la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado retomó un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el particular había anotado:

*“(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990) “constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”. En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen*

23 Texto original del Código Sustantivo del Trabajo: “Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas comisiones o participación de utilidades”.

24 Texto original del Código Sustantivo del Trabajo: “Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX”.

25 También es importante tener en cuenta que conforme al artículo 53 del Código Sustantivo de Trabajo los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. En esa medida gran parte de la definición del código respecto del concepto de salario es similar a la descripción de salario que trae la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio n.º 95 sobre la protección del salario, ratificado el 7 de junio de 1963 que señaló: “Artículo 1º. A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”. (...).

Según el artículo 42 *ibidem* son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)”<sup>26</sup>.

Dando alcance a la expresión “*todos los factores que constituyen salario*” señaló la Sección Segunda en la sentencia de unificación:

**“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.**

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen **algunas prestaciones sociales** –a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación–, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, **que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías**, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional”<sup>27</sup> (Resalta la Sala).

Como se puede advertir del texto transcrito de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, la noción de salario que adoptó la Sección Segunda del Consejo de Estado aplicable a la relación legal y reglamentaria propia del vínculo del servidor público, guarda similitud sustancial con la noción que se emplea frente a las relaciones laborales de carácter privado que describe el Código Sustantivo del Trabajo.

26 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 1393 de 18 de julio de 2002.

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

En efecto, la definición de factor salarial de la providencia corresponde a un concepto que se relaciona con la forma en que efectivamente se desenvuelven las relaciones laborales y resigna a un segundo plano la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal. Indica la sentencia de unificación que todo aquello que recibe el trabajador de *manera habitual y periódica como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación*, es salario y recoge algunos emolumentos de los más paradigmáticos o frecuentes que sirven para ilustrar al lector, pero que no agotan la variedad de esquemas retributivos que pueden ser considerados dentro de dicha noción.

Se debe resaltar que conforme a la jurisprudencia el concepto de salario ha superado el ámbito jurídico, y lo ha extendido a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que la remuneración que recibe el trabajador no está comprendida, exclusivamente, por la retribución del servicio prestado al empleador, sino también por todos los beneficios, o contraprestaciones básicas para atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana<sup>28</sup>. Es así como en el campo del derecho administrativo laboral por cuenta del legislador y de las interpretaciones jurisprudenciales, se puede afirmar que existe un esquema de categorías retributivas que comprende innumerables formas de compensación económica del servidor público, razón por la cual corresponderá al desarrollo casuístico concretar cuáles de estas pertenecen a la noción de salario.

Ahora bien, indica también la Sección Segunda del Consejo de Estado que los criterios que sirven a la descripción de los emolumentos que no constituyen salario están delimitados por las sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver eventualmente enfrentado. Esta noción coincide con la definición que sobre este concepto hizo de vieja data la Corte Suprema de Justicia conforme a la cual las prestaciones sociales han sido establecidas por el legislador *“para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo”*, y que pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a estas surge por la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades<sup>29</sup>.

La Corte Constitucional prohijó el criterio de la Corte Suprema y sobre las prestaciones sociales manifestó:

*“En el régimen laboral colombiano<sup>30</sup> por “prestaciones sociales” se entienden los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados y de las indemnizaciones en que no reparan perjuicios causados por el empleador”.*

28 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C- 521 de 1995 y C-1218 de 2001, entre otras.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 18 de julio de 1985.

30 Cita interna de la sentencia: *Régimen Laboral Colombiano. Legis. p. 121.*

*En cuanto a su origen, las prestaciones pueden ser creadas por ministerio de la ley, o pactadas en convenciones y pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecidas en los reglamentos de trabajo, en fallos arbitrales, o en cualquier otro acto unilateral del empleador.*

*La doctrina<sup>31</sup> distingue las prestaciones en dinero, según se concreten en **una suma única o en el abono de prestaciones periódicas**. Se cita como ejemplo más frecuente el de los sistemas de capital o renta para indemnizar a las víctimas de riesgos o infortunios laborales. Las prestaciones periódicas a su vez pueden ser transitorias o permanentes; por lo general, se denominan **subsídios** a las indemnizaciones periódicas con corta duración y **pensiones** cuando se abonan durante bastante tiempo e incluso con carácter vitalicio.*

*Con respecto a su forma, las prestaciones a su vez pueden ser **uniformes o variables**. Las primeras se limitan a garantizar niveles mínimos de subsistencia o de atención, con independencia de los diversos recursos de los beneficiarios. En cambio, las segundas actúan de acuerdo a los ingresos de los asegurados con las contribuciones que ellos mismos efectúan o que por ellos se producen y con el objetivo de mantener un nivel económico determinado. Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo clasifica las prestaciones sociales a cargo del empleador en “comunes” y “especiales” según estén a cargo de todo patrono o empresa independientemente de su capital; o de patronos específicos, teniendo en cuenta su capacidad económica. En dinero o especie, las prestaciones sociales tienden hacia los siguientes fines:*

*\*Resarcir Riesgos: Se concede la indemnización prevista, por lo general adaptada al siniero o perjuicio y a las contribuciones efectuadas, con sujeción a escalas y establecimiento de límites máximos. Se trata de compensar la falta de ingresos que el riesgo haya determinado.*

*\*Atender Cargas Familiares: Se denominan asignaciones, subvenciones, subsidios o salario familiar. Se originan por el número de hijos, la nupcialidad, la maternidad y la escolaridad.*

*\*La Subsistencia de las clases pasivas a favor del que ha dejado de trabajar por haber alcanzado el número de años de vida y de servicios para tener derecho a esta percepción, que recibe los nombres de jubilación o retiro; o bien por un vínculo personal y económico inmediato con un trabajador en activo, jubilado o retirado y que se denomina pensión.*

*\*Por medida Graciable, a favor de personas en caso de involuntaria e insuperable necesidad, por desgracias individuales o colectivas que mueven recursos de beneficencia pública y de asistencia social<sup>32</sup>. (Negrillas del texto original).*

*Esta definición de prestaciones sociales fue recogida inicialmente por el Consejo de Estado<sup>33</sup> y luego fue modificada dándole una connotación más amplia<sup>34</sup>. Por otra parte, la Sec-*

31 Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI, pp. 385-386.

32 Corte Constitucional. Sentencia C-108 de 10 de marzo de 1994. Expediente D-393

33 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 25 de mayo de 2000, Rad. n.º. 991078581-00.

34 “Esta posición debe ser rectificada por la Sala pues es un hecho notorio que las prestaciones ya no solo cubren riegos y necesidades del trabajador sino que tienen una connotación más amplia, es decir, también se emplean para incentivar al trabajador, como en el caso de la prima técnica, sin que constituya, en el caso de la prima por evaluación de desempeño, retribución directa de los servicios por él prestados// Como aceptación de esta situación de hecho que se viene presentando, la Sala considera que la jurisprudencia debe acoger el concepto de prestación en sentido lato, incluyendo la impugnación de prestaciones como la denominada prima técnica que se otorga a título de reconocimiento económico a funcionarios altamente calificados o por evaluación del desempeño, en determinado porcentaje de la asignación básica mensual” Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 2 de agosto de 2007, Radicación número: 13001-23-31-000-2004-01123-01(4565-05).

ción Segunda de esta Corporación en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, refiriéndose a estas advirtió que la ley no siempre es precisa al calificarlas y que en algunas oportunidades en realidad constituyen salario para efecto de liquidar las pensiones. Al efecto manifestó:

*“Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. Ahora bien, el artículo 150 de la Constitución Política establece:*

*“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

*19. Dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública”.*

*En torno al alcance de dicha disposición la Corte Constitucional ha establecido<sup>35</sup>:*

*“En este orden de ideas, es el Congreso el llamado a establecer a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el marco general y los objetivos y criterios que orientan al Presidente de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado.*

*La definición de dicho régimen salarial y prestacional, se desarrolla conforme al ejercicio de una competencia concurrente que corresponde, en primer lugar, al Congreso de la República y, en segundo término, al Presidente dentro del marco trazado por aquél. Se trata del ejercicio de una tipología legislativa denominada “ley marco o cuadro”, a través de la cual, el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse una determinada materia, y el Presidente de la República, se encarga de desarrollar dichos parámetros a través de sus propios decretos administrativos o ejecutivos. En la actualidad, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, se concreta en la Ley 4ª de 1992”.*

*En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza*

35 “Sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil”.

*ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos". (Resalta la Sala).*

La Sección Segunda del Consejo de Estado, como lo anuncia en el aparte de jurisprudencia de unificación transcrito, no desconoce la competencia que en materia salarial y prestacional corresponde, de manera privativa, exclusiva y concurrente al legislador y en segundo término al Presidente de la República. Sin embargo, aclara que es posible que la denominación que el legislador le asigne a una determinada clase de prestación pueda no corresponder con su naturaleza, pues aun cuando dentro del marco legal preestablecido se señale que es una prestación social, el carácter de la misma puede corresponder en realidad a la noción de salario.

En síntesis puede decirse que los criterios que deben tenerse presentes al momento de determinar cuáles son los conceptos que constituyen salario y cuáles los que constituyen prestaciones sociales, con miras a establecer los efectos jurídicos derivados del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 en relación con las personas a las que les resulta aplicable la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de la misma anualidad, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado son:

- a) La competencia: que exige que la expedición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del Estado conforme a la Constitución y la ley esté en cabeza del Congreso de la República y en segundo término del Gobierno nacional.
- b) La temporalidad: que implica que las sumas que perciba el servidor público sean de manera habitual o periódica.
- c) La causalidad: referido a la contraprestación económica a la que tiene derecho el servidor como contraprestación de su servicio.
- d) La materialidad: conforme al cual se deberá dar prevalencia a la naturaleza del emolumento que busca retribuir o remunerar el servicio prestado independiente de la denominación que el legislador le haya otorgado.
- e) Se excluyen de la noción de salario, las sumas o beneficios que se perciben con el objeto de cubrir riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Así las cosas, con el fin de absolver la consulta propuesta, en primer lugar la Sala revisará el criterio de la competencia para determinar a quién corresponde establecer el régimen salarial y prestacional específicamente de los empleados públicos administrativos en las universidades estatales.

**4. Competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos administrativos en las universidades estatales. Carácter de los emolumentos creados mediante Acuerdos de la Universidad Nacional de Colombia**

Desde la reforma a la Constitución de 1886 con ocasión del Acto Legislativo N° 01 de 1968, la competencia para la definición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en las Ramas del Poder Público en todos los niveles, se comparte entre el Congreso de la República y el Gobierno; el primero fija los lineamientos, criterios y objetivos a los cuales se deberá sujetar la competencia reguladora del segundo. Este criterio se mantuvo en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política de 1991.<sup>36</sup> Sobre el particular, la Corte Constitucional sostuvo:

*“En vigencia de la Constitución de 1886, el acto legislativo n.º 1 de 1968 modificó el artículo 76, numeral 9 original de esta, e introdujo para la materia que él regulaba el concepto de las leyes cuadro del derecho francés, al establecer la competencia del legislador para “...fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo”, al tiempo que le asignó al Presidente de la República la facultad de “... fijar sus dotaciones y emolumentos... con sujeción a la leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76...”. Al referirse a la competencia del legislador y del Presidente de la República en esta materia, la Corte Suprema de Justicia, en su momento, afirmó que estos artículos tenían que entenderse en el sentido según el cual la Constitución le asignaba al primero la atribución de crear la parte estática y permanente de la administración, mientras el segundo tenía la función de hacerla dinámica, mediante el ejercicio de atribuciones administrativas.*

*La Constitución de 1991, por su parte, al regular lo relativo a las atribuciones del Congreso de la República, estableció en el artículo 150, numeral 19, literal e), que a este le corresponde dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otras materias “el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.*

*El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como este ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución.*

*3.2. En relación con la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, a diferencia de lo que acontecía en vigencia de la Constitución de 1886, en donde el Congreso era quien señalaba la escala de remuneración de los distintos empleos, hoy, el legislador debe simplemente fijar los principios y los parámetros que el Gobierno ha de tener en cuenta para establecer no solo la escala de remuneración sino los demás elementos que son propios de un régimen salarial y prestacional<sup>37</sup>.”*

En consecuencia, ninguna autoridad distinta al Congreso de la República y al Gobierno nacional tuvo, bajo la Constitución de 1886 ni tiene bajo la actual Constitución, competencia

36 Constitución Política. “Artículo 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ...19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: (...) e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública. (...)”

37 Corte Constitucional. Sentencia C-510 de 14 de julio de 1999. v. et. Sentencia C-312 de 1997.

para fijar, modificar o eliminar el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos en todos los niveles.

La atribución compartida entre el Congreso y el Gobierno nacional se concretó en la Ley 4ª de 1992 que en lo pertinente dispuso:

*“ARTÍCULO 1º. El Gobierno nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

*a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*

*b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*

*c) Los miembros del Congreso Nacional, y*

*d) Los miembros de la Fuerza Pública” (...)*

*“ARTÍCULO 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.*

Según se observa la Ley 4ª de 1992 no incluye expresamente a los empleados de las universidades y/o entes universitarios autónomos; sin embargo, la Ley 30 de 1992, precisó que el régimen salarial y prestacional de los docentes de universidades públicas o estatales, se sujetaría a los dictados de la Ley 4ª de 1992 y en el artículo 77 la Ley 30 señaló que: *“[e]l régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan”.*

Como se advierte, esta disposición se refirió únicamente a la categoría de los profesores no a los empleados públicos administrativos<sup>38</sup>, y aunque parecería entonces que estos no quedarían sujetos a la regla prevista por el artículo 77 antes citado, y por tanto, no tendrían que sujetarse a la Ley 4ª de 1992, la doctrina y reiterada jurisprudencia de las Cortes al analizar los límites del legislador en materia salarial y prestacional de cara a la autonomía de los entes universitarios concluyeron lo contrario. Así la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo:

*“Cuando la norma de rango legal (artículo 77 de Ley 30 de 1992) mencionó solamente a los empleados docentes, lo hizo precisamente para zanjar cualquier duda que se pudiera suscitar sobre la competencia del Gobierno nacional para fijar el salario de los profesores universitarios -que cumplen una función eminentemente académica-, frente a la autonomía universitaria[.]*

<sup>38</sup> Mediante el Decreto n.º 1444 de 1992, el Gobierno nacional dictó normas en materia salarial para esa primera especie de empleados, aunque únicamente frente a los vinculados a las universidades del orden nacional.



En este orden de ideas y acudiendo al criterio lógico sistemático de interpretación judicial que busca encontrar las relaciones que existen entre el ordenamiento Constitucional y las normas legales, encuentra la Sala un argumento a fortiori de aplicación incuestionable: si el legislador entendió que la autonomía universitaria no se extiende a la facultad de regulación propia y autónoma del régimen salarial de los docentes, con mayor razón debe entenderse dicha limitación a la autonomía universitaria respecto de los funcionarios administrativos de las universidades, para quienes concurren razones menos claras y imperiosas que soportarían el argumento contrario.

En efecto, la autonomía universitaria gira en torno del concepto clásico de las universidades como corporaciones académicas o científicas, universales y autónomas y por ello las limitaciones impuestas por el ordenamiento al manejo administrativo de sus docentes se deben entender igualmente, frente a los empleados administrativos que cumplen funciones que por esencia se encuentran más distantes de los objetivos académicos que estas instituciones por esencia desarrollan”<sup>39</sup>

La Corte Constitucional al referirse al artículo 77 de Ley 30 de 1992 sostuvo lo siguiente:

*“Es decir, que el legislador impuso, en el régimen especial que expidió para las universidades públicas, sin distinción alguna, un límite a su libertad de acción, a su autonomía, en materia salarial y prestacional, que hace que el régimen de sus docentes en esas materias le corresponda fijarlo al gobierno nacional, previas las asignaciones que en el rubro de gastos de funcionamiento para el efecto haga el legislador a través de la ley anual de presupuesto, y que por lo tanto a ellas les sea aplicable la restricción impuesta en la norma impugnada, la cual, además de no impedir ni obstruir el ejercicio de la autonomía de dichas instituciones, que pueden cumplir sus funciones y actividades sin que el mandato en cuestión las interfiera, contribuye a un manejo racional, armónico y equilibrado de dichos recursos por parte del Estado, y a la consolidación de una política macroeconómica que contribuya a un manejo racional y al saneamiento y optimización en el manejo de las finanzas públicas.*

*El reconocimiento de las universidades públicas como órganos autónomos que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público, no las exime del cumplimiento de normas legales que sin afectar el núcleo esencial del principio de autonomía expida para ellas el legislador, y en el caso que se analiza, no sirve de argumento para excluirlas de un mandato de la ley anual de presupuesto, que en un aspecto específico, el salarial y prestacional, las articula a la estructura del Estado, con el objetivo de consolidar en esa materia una política macroeconómica coherente y equilibrada, sin menoscabar su capacidad de autodeterminación para el cumplimiento de sus objetivos esenciales”*

De igual manera la Sección Tercera del Consejo de Estado al referirse a la autonomía universitaria y a la ineludible subordinación a las normas sobre salarios y prestaciones, concluyó:

“En vigencia de la Constitución de 1886 era función del Congreso definir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Con la expedición de la nueva Carta Política, esta

39 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, Sentencia de 19 de abril de 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01397-01(444-05). v. et. Sección Segunda, Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Radicación interna: 1449-2010 y Sección Segunda, Sentencia de 31 de enero de 2013, Radicación interna: 0932-2011, entre otras.

facultad es ejercida en forma concurrente por el Gobierno y el Congreso bajo la modalidad de las leyes cuadro (art. 150.19 lit e)<sup>40</sup>, de modo que esta atribución es indelegable en otras autoridades, las cuales no podrán arrogársela<sup>41</sup>.

La técnica legislativa de las normas marco permite –como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional– que siendo cambiantes las circunstancias que ofrece la realidad, se agilice y facilite la expedición de la normatividad correspondiente, sin que se corra el riesgo de una desactualización que pueda resultar riesgosa para alcanzar con eficacia y prontitud los fines a que se encuentra destinada<sup>42</sup>. A estas razones de orden jurídico la Corte Constitucional agrega una a favor de esta competencia concurrente del Congreso y del gobierno, bajo la modalidad de las normas cuadro, de naturaleza macroeconómica:

**“12. La determinación de la remuneración de los servidores del Estado tiene hondas implicaciones en la política económica. En efecto, de los niveles de los salarios depende en buena medida el equilibrio fiscal. Y, como es sabido, la situación de las finanzas públicas afecta fundamentalmente el estado de la economía en general. De ahí que sea congruente que al Presidente, que, como se ha visto, tiene una responsabilidad destacada en materia de política económica, se le asigne también la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, y la de determinar el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales (C. P., art. 150, num. 19, literales e) y f)”<sup>43</sup>. (Se resalta).**

40 Nota de la providencia citada: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 10 de abril de 1997, Rad. 7949, C. P. Germán Gutiérrez Holguín. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Sentencia de 6 de noviembre de 1997, Rad. 11423, C.P. Clara Forero de Castro”.

41 Nota de la providencia citada: “Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 18 de julio de 2002, Rad. 1393, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce: “...antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica, el sistema salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características: a) De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). Con el Acto Legislativo n.º 3 de 1910, se facultó a las Asambleas para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos (art. 54.5). El artículo 22 de la Ley 6ª de 1945 facultó al gobierno para señalar por decreto las prestaciones a pagar a los empleados territoriales. No existía norma, como tampoco ahora, que facultara a las entidades territoriales para establecer prestaciones sociales. b) A partir del acto legislativo n.º 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir ‘pro tempore’ al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles –nacional, seccional o local– tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido –acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas–. (Consulta 1184 de 199) c) El Acto Legislativo n.º 1 de 1968, clarificó que las Asambleas establecían las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo (artículo 187 de la Constitución de 1886) y los gobernadores fijaban sus emolumentos (artículo 194-9 ibídem). (...) A partir de la Constitución de 1991 se derivan las siguientes consecuencias: a) El Congreso de la República está facultado para expedir la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. b) El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes –nacional, seccional o local–, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que, en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogárselas. De esta manera, para el caso concreto formulado en la consulta, es importante resaltar que el régimen prestacional de los servidores públicos del Distrito es fijado por el gobierno nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992 (art. 129, decreto 1421/93). c) En igual forma, el gobierno establece el régimen salarial de los empleados públicos de la administración central a nivel nacional y, al efecto, fija sus dotaciones y emolumentos. d) El régimen salarial de los empleados públicos de la administración central del Distrito se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, el concejo distrital y el alcalde mayor. Así, el concejo tiene facultad para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y el alcalde fija los emolumentos de los empleos de sus dependencias, con arreglo a los acuerdos correspondientes, dentro de los límites señalados por el gobierno nacional. e) El régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas del Distrito también se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, y las juntas directivas de tales entes, según se analizó. f) El límite máximo salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquellas no pueden desbordar ese marco. El Gobierno nacional, para dar desarrollo al parágrafo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992, el 17 de diciembre de 2001 expidió el decreto 2714 y fijó el límite máximo de la asignación básica salarial mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2001 –el cual a juicio de la Sala sigue rigiendo hasta tanto no se expida el correspondiente para el año 2002–; dispuso, además, que de conformidad con lo establecido por el decreto 2406 del 30 de noviembre de 1999, las prestaciones sociales de estos servidores “... así como los factores salariales para su liquidación, serán determinadas por el Gobierno nacional” (art. 2ª) y, por último, prohibió a las autoridades autorizar o fijar asignaciones básicas salariales mensuales que superen los límites máximos allí señalados, por lo que cualquier disposición en contrario carece de todo efecto y no crea derechos adquiridos”.

42 Nota de la providencia citada: “Corte Constitucional, Sentencia C 725 de 2000”.

43 Nota de la providencia citada: “Corte Constitucional, Sentencia C 312 de 1997”.

*De ahí que la autonomía universitaria garantizada en general a las universidades, y en particular a las de carácter estatal u oficial, no reviste un carácter absoluto, al punto que estas últimas tengan competencia para emitir su propio régimen salarial y prestacional, ajenas a los cánones generales, como quiera que dicha competencia la atribuyó en forma exclusiva la Constitución al legislador y al gobierno en forma concurrente, bajo la modalidad regulatoria de las leyes generales o marco y los decretos expedidos dentro del marco trazado por el legislador<sup>44</sup>.*

*De tal manera que este asunto en modo alguno ha sido objeto de “deslegalización” en cabeza de los centros públicos de enseñanza superior, quienes carecen de la competencia regulatoria para fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos, so pretexto de desarrollar su autonomía académica, pues ello no solo desbordaría el ámbito de la autonomía universitaria, sino que entraría en abierta contradicción con lo dispuesto en el aparte e) del numeral 19 del artículo 150 Superior. Los estatutos universitarios no son, pues, el instrumento normativo idóneo para reglamentar lo atinente a estos temas.*

*En efecto, la responsabilidad de fijar el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos de las universidades oficiales fue asignada directamente por el Constituyente al Congreso de la República y al Gobierno nacional, bajo la tipología constitucional de las “normas generales” o “leyes marco o cuadro” y decretos dictados con sujeción a las mismas<sup>45</sup>, tema tratado por la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales (art. 1º).*

*Esa subordinación a los mandatos del legislador, que se desprende de la lectura sistemática de las normas constitucionales y legales citadas, es ratificada por el artículo 77 de la Ley 30 de 1992, por cuya virtud “el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan”.*

*En otras palabras, los estatutos de las universidades públicas no pueden, sin infringir abiertamente la Constitución y la ley, incursionar en predios del legislador y del gobierno y regular el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos, puesto que estos entes no pueden ejercer una facultad exclusivamente asignada a la ley marco y sus reglamentos”. (Subrayado del texto original)<sup>46</sup>.*

También esta Sala arribó a la conclusión de que corresponde al Presidente de la República fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrativo de las universidades oficiales. Al respecto señaló:

“Cabe preguntarse entonces, si en esa categoría de empleados públicos a los que se refiere la Ley 4ª de 1992, cuyos régimen salarial y prestacional le corresponde fijar anualmente al

44 Nota de la providencia citada: “Ha sido reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido que la Constitución distribuyó las competencias entre el Congreso y el Presidente de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos ver Corte Constitucional, Sentencias C-654 de 1997, C-292 de 2001, C-781 de 2001, C-101 de 2003, C-432 de 2004”.

45 Nota de la providencia citada: “Sobre el alcance de las facultades de regulación administrativa atribuidas por la Constitución Política al Presidente de la República para ser ejercidas mediante decretos dictados con sujeción a las reglas generales contenidas en leyes generales, cuadro o marco vid. IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Estudios de derecho administrativo, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2005, p. 179 y ss.”

46 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-01089-01(AP).

gobierno nacional, con base en las previsiones y asignaciones que efectúe el legislador en la correspondiente ley anual de presupuesto, incluye a los servidores de las universidades públicas, entes universitarios, a las cuales son aplicables las disposiciones de la norma impugnada.

No obstante que el artículo 1° de la Ley 4ª de 1992 establece que el Gobierno nacional fijará, con base en las disposiciones de dicha norma, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico, de la rama legislativa y de la judicial, así como de la fuerza pública y los organismos de control y fiscalización del orden nacional, es decir que no incluye expresamente a las universidades públicas, las cuales dado su carácter de órganos autónomos no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público, ellas, cualquiera sea su nivel, en la medida en que reciben del presupuesto nacional los recursos necesarios para cubrir sus gastos de funcionamiento, se encuentran sujetas a sus disposiciones. (...)

*La determinación de la remuneración de los servidores del Estado tiene implicaciones en la política económica pues del manejo salarial depende en buena medida el equilibrio fiscal; de ahí que resulte congruente que al Presidente, que como se ha visto tiene responsabilidades en materia de política económica, se le asigne la atribución de regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública y la de establecer el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Como la fijación de los salarios y prestaciones de los funcionarios y empleados de las universidades estatales tiene influjo sobre las finanzas del Estado, no es coherente que ellas sean apartadas de la norma general que busca la homeóstasis presupuestal y el manejo armónico y estable de los recursos públicos.*

*La autonomía que atribuye la Carta a ciertos órganos no implica, necesariamente, que la fijación salarial y prestacional la realice el mismo organismo. Dicha autonomía nunca podrá ser absoluta dentro de nuestro actual Estado de derecho, menos aun en esa materia, puesto que los emolumentos no pueden superar la cifra del gasto público que determine el presupuesto aprobado por el Congreso.*

*En materia salarial y prestacional los docentes vinculados a las universidades públicas de orden nacional se rigen por el decreto 1444 de 1992 y los vinculados a universidades públicas del orden territorial por el decreto 055 de 1994, que adoptó el régimen salarial y prestacional determinado en el primero, disposiciones estas expedidas con base en las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992. (...)*

*Dado que las personas que prestan sus servicios tanto en el área docente como administrativa de las universidades del Estado son servidores públicos, que el presupuesto de estas entidades proviene casi en su totalidad del Estado, que por expresa disposición legal corresponde al Gobierno nacional regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y que la Ley 30 de 1992 consagró en el artículo 77 que el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales se regirá por la Ley 4ª de 1992 y demás normas complementarias, la Sala considera que compete al Presidente de la República fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrativo de las universidades oficiales<sup>47</sup>.*

47 Cfr. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 1076 de 15 de abril de 1998.

De esta forma se concluye que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos docentes y empleados administrativos de las universidades, se sujeta a la regla constitucional prevista en el literal e) del artículo 150-19, y a la Ley 4ª de 1992, de manera que todo régimen salarial que se establezca contraviniendo esta preceptiva carece de efecto alguno y no crea derechos adquiridos<sup>48</sup>.

No obstante esta regla, en materia de pensiones, existe una excepción para el caso en que el derecho se haya causado para un servidor al amparo de normas de carácter municipal o departamental (ordenanzas, acuerdos municipales o de establecimientos de ese nivel, y en estas las universidades departamentales y municipales) pues conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993, tales situaciones perviven a manera de derechos adquiridos en la medida en que se hubieran causado antes de la entrada en vigencia del mencionado artículo<sup>49</sup>.

Por último, la Sala advierte que ocurría lo mismo con el régimen salarial y prestacional de los empleados administrativos de las universidades estatales u oficiales (nacionales y territoriales) antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y de la Constitución de 1991, pues el Decreto N° 80 de 1980<sup>50</sup> derogado por la Ley 30 de 1992, había remitido también su aplicación al régimen de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Una vez definida en estos términos los alcances de la competencia para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos administrativos en las universidades estatales, se analizará el origen y carácter de los emolumentos por los que indaga la consulta.

### **a. El quinquenio, la bonificación de bienestar universitario y la bonificación especial de bienestar**

A través del Acuerdo 57 de 20 de junio de 1978, el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia estableció como prestación extralegal a favor de sus empleados públicos no docentes, un beneficio al que denominó Bonificación por Antigüedad (quinquenio) en la forma que sigue:

*“Artículo 1. La Universidad reconocerá a sus empleados públicos no docentes una Bonificación por Antigüedad (quinquenio), así:*

*a. Por cinco (5) y diez (10) años a su servicio pagará dos (2) meses de sueldo ordinario.*

*b. A partir de los quince (15) años de servicio y cada vez que el empleado cumpla cinco años más de antigüedad, la Universidad pagará tres (3) meses de sueldo ordinario.*

48 Ley 4ª de 1992. “Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.

49 Ley 100 de 1993. “Artículo. 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes (...)”.

50 Decreto n.º 80 de 1980. “Por el cual se organiza el sistema de educación possecundaria” (Derogado por la Ley 30 de 1992) “Artículo 124”. En todo aquello no previsto en este decreto sobre personal administrativo de las instituciones oficiales, se estará a lo dispuesto en el decreto 2400 de 1968 y en las normas que lo reglamentan, complementen sustituyan y en las demás disposiciones de carácter general aplicables a los empleados nacionales de la rama ejecutiva del poder público”.

*Se entiende que los años de servicios pueden ser continuos o discontinuos. Esta bonificación se pagará con base en el último salario ordinario que se devengue en el momento de causarse. Se pagará también en los casos de retiro voluntario, muerte, jubilación o declaratoria de insubsistencia, en cuyo caso el empleado adquiere el derecho por fracción de quinquenio, siempre que hubiere laborado como mínimo dos (2) años en el último lapso”.*

En la unificación de jurisprudencia hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 4 de agosto de 2010, se señaló que deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en la Ley 62 de 1985, y, al especificar algunos de los elementos que debían incluirse para tal propósito, mencionó expresamente al quinquenio.

En efecto, el quinquenio era un beneficio que se recibía con cierta periodicidad (cada 5 años), y no fue concebido de forma principal para cubrir los riesgos o infortunios a que pudiera verse expuesto el servidor, pues su objetivo principal era la retribución económica de la actividad laboral del empleado administrativo. Estas características corresponden a la noción de salario, y por esa razón la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación tuvo a bien incluirlo como tal.

Sin embargo, el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado no puede emplearse indiscriminadamente pues dicho criterio no avaló la aplicación de normas salariales y prestacionales que se expidieran contrariando las reglas de competencia. Por tanto, el análisis de los factores salariales deberá hacerse siempre sobre disposiciones que expresamente ha dictado el legislador para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Aun cuando para resolver el interrogante formulado a la Sala, es irrelevante la naturaleza jurídica del quinquenio (salario o prestación), pues, como se explicará, la incompetencia del Consejo Superior para su creación es razón suficiente para excluirlo como factor salarial de la liquidación de las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia, se debe aclarar, que si dicho emolumento hubiese sido creado en atención a las reglas constitucionales y legales de competencia y no por el Consejo Superior de la Universidad como se hizo, tendría que haber sido considerado un factor salarial y no una prestación social para efecto de las liquidaciones.

Para la Sala es claro que las instituciones de educación superior y/o universidades estatales carecen de competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos administrativos a estas vinculados. En esa medida, dado que el “*quinquenio*” se creó por el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Colombia en el Acuerdo n.º 57 de 20 de junio de 1978, quebrantando la regla de competencia constitucional (artículo 150-19 literal e) de la C. P.), no es posible considerarlo como un factor salarial de carácter legal para efectos de la liquidación y reconocimiento de las pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de la mencionada Universidad.

Además, tanto el concepto de bonificación de bienestar universitario que se creó mediante el Acuerdo n.º 005 de 1998<sup>51</sup>, como el de bonificación especial de bienestar creado mediante

51 Acuerdo 005 de 23 de febrero de 1998. “Por el cual se adopta una bonificación especial de bienestar para el personal académico y administrativo de la Universidad”.

Acuerdo 01 de 2002<sup>52</sup>, expedidos por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, no pueden incluirse en la base de liquidación de las pensiones que tiene a cargo la Universidad, pues, como ya se señaló, los órganos de autogobierno de esta entidad carecen de competencia para establecer estímulos remunerativos a favor de sus empleados públicos docentes y administrativos<sup>53</sup>.

Así las cosas, encuentra la Sala que al contrastar la norma constitucional (artículo 150-19 literal e) con los Acuerdos n.º 005 de 1998 y 01 de 2002, surge una manifiesta incompatibilidad, razón por la cual considera que la administración al momento de efectuar la liquidación o reliquidación de la pensión deberá aplicar respecto de estas disposiciones la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Constitución Política<sup>54</sup>.

## b. Las vacaciones

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo aprobó el Convenio 132 de 1970, el cual en el artículo 7º sobre las vacaciones pagadas indicó:

*“Artículo 7º. Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”*

Por su parte, la Constitución Política de 1991 en su artículo 53, dispuso que al expedirse el estatuto del trabajo, la ley correspondiente deberá tener en cuenta varios principios mínimos fundamentales entre los cuales se encuentra el del “descanso necesario”<sup>55</sup>.

La normatividad sobre vacaciones para el sector público está contenida en el Decreto 3135 de 1968, el cual previó la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Sobre el particular estableció:

52 Acuerdo 001 de 1º de febrero de 2011. “Por el cual se establece y reglamenta una bonificación especial de bienestar universitario sin carácter salarial para el personal académico y administrativo”.

53 En relación con la facultad para señalar el régimen salarial, prestacional y pensional de las universidades oficiales, ha sido reiterativa la jurisprudencia del Consejo de Estado en expresar que “ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, los entes universitarios, a través de su directivas, están facultados para ello. (...) las universidades estatales u oficiales no tienen competencia para emitir su propio régimen salarial y prestacional, extrañas a las normas generales, como quiera que la Constitución no le atribuyó esa competencia. Siendo ello así, los acuerdos universitarios no son el instrumento normativo apto para reglamentar lo atinente a estos temas”. Cfr. Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 19 de abril de 1997.

54 Al respecto, la Corte Constitucional ha insistido en el deber que todas las autoridades de la República tienen de asegurar la supremacía de la Constitución, consideración que la ha llevado a declarar: “(...)25.- En primer término, en atención a la jurisprudencia constitucional, la excepción de inconstitucionalidad es una figura cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 4 de la Constitución, del cual se deriva la obligación de aplicar preferentemente las normas constitucionales, cuando las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con las primeras. La jurisprudencia ha venido evolucionando en la comprensión del contenido normativo descrito, y en los últimos años ha desarrollado la interpretación según la cual, la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales...” Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-389 de 2009.

55 “Uno de los derechos fundamentales del trabajador, es el derecho al descanso, el cual está definido por el Diccionario de la Real Academia como quietud o pausa en el trabajo o fatiga.// El derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un periodo de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona.// El descanso, así entendido, está consagrado como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo (artículo 53 de la Constitución) y, por ende, debe entenderse como uno de los derechos fundamentales del trabajador”. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 9 de diciembre 1996.

*“Artículo 80. Vacaciones. Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas. Las vacaciones de los funcionarios de la rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y del ramo docente se rigen por normas especiales”.*

El Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamentó el decreto ley 3135 de 1968, respecto de las vacaciones reguló lo siguiente:

*“Capítulo VIII. Vacaciones remuneradas*

*Artículo 43. Derecho a vacaciones. 1. Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios. (...)*

*Artículo 47. Prohibición de compensarlas en dinero. Se prohíbe compensar las vacaciones en dinero, excepto en los siguientes casos:*

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, o en el funcionamiento de la empresa oficial, evento en el cual puede autorizarse su compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un (1) año solamente.

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces; y

c) (...)<sup>56</sup>.

*En estos casos, la liquidación y pago correspondiente se efectuará con base en el último salario devengado y tal reconocimiento no implica continuidad en el servicio por el tiempo de las vacaciones que se compensen en dinero”.*

*“Artículo 48. El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten se pagará con base en el salario devengado por el empleado oficial al tiempo de gozar de ellas.*

*Parágrafo. El mencionado pago deberá efectuarse por su cuantía total y con una antelación no menor a cinco (5) días, contados desde la fecha señalada para iniciar el goce de las vacaciones, con el fin de que el empleado pueda organizar con la anticipación suficiente su plan de descanso”.* (Resalta la Sala)

En el año de 1978, el Gobierno expidió los Decretos Ley 1042 y 1045 con base en facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el legislativo. En el primero de ellos se estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la administración del orden nacional, se fijaron las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dicta-

<sup>56</sup> Literal derogado por el artículo 1° de la Ley 995 de 2005, el cual señaló: “Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado” — el aparte subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante Sentencia C-669 de 2006.



ron otras disposiciones. En el segundo de los decretos, el 1045, se fijaron las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, y se determinó, en relación con las vacaciones, lo siguiente:

*“Artículo 8°. De las vacaciones. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.*

*Artículo 18. Del pago de las vacaciones que se disfruten. El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten será pagado, en su cuantía total, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado.*

(...)

*Artículo 20. De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:*

*a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;*

*b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces<sup>57</sup>.*

De las normas transcritas se deducen estas conclusiones sobre la regulación de las vacaciones en el sector público: 1) las vacaciones son un derecho fundamental que tienen los trabajadores a descansar, obteniendo una remuneración; 2) el tiempo de descanso se remunera con base en el salario devengado; 3) la finalidad del pago anticipado y total de las vacaciones consiste en que el empleado pueda organizar con antelación suficiente su plan de descanso; y, 4) en el evento en que las vacaciones se compensen en dinero, la liquidación se hará con base en el último salario devengado.

Ahora bien, la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 tantas veces citada, al analizar el tema de las vacaciones, a efecto de incluirlas como base de liquidación pensional, dejó sentado lo siguiente:

57 En la Ley 995 de 2005 se unificaron las condiciones de reconocimiento y pago de la compensación de las vacaciones para el sector público y privado, garantizando en todo caso el derecho al pago dinerario de manera proporcional al tiempo laborado, al no exigirse un lapso mínimo para su procedencia y, para el caso de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se derogó en forma expresa el artículo 21 del Decreto Ley 1045 de 1978 que preveía un mínimo de once meses para entender causadas las vacaciones y así, hacer posible la compensación. El tenor literal de la Ley 995 de 2005, en este aspecto, es el siguiente: “Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado”. La expresión “por año cumplido” fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-669 de 2006 “en el entendido que no excluye a los trabajadores dedicados a la lucha contra la tuberculosis o a la aplicación de rayos X”, que conforme a las normas vigentes, causen sus vacaciones por cada seis meses de servicio”. En el mismo sentido el Decreto 404 de 2006 prescribió: “Artículo 1°. Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación”.

*“No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional”.* (Resalta la Sala).

Como se desprende de la lectura del aparte transcrito, la sentencia de unificación hizo alusión expresa a la denominada “*indemnización de vacaciones*”, es decir cuando el empleado no disfruta del descanso en los periodos correspondientes y se le compensa en dinero. En este sentido la posición unificada reiteró el criterio que ha mantenido el Consejo de Estado en el asunto, al considerar que esa compensación no constituye factor salarial sino que es una retribución que reemplaza el tiempo de descanso que concede la ley y cuyo origen es el no disfrute de las mismas, razón por la cual no se tiene en cuenta para efectos de la liquidación pensional<sup>58</sup>.

En el caso de las vacaciones efectivamente disfrutadas, lo que ocurre es que el trabajador cesa temporalmente su labor con el fin de descansar y recuperar su fuerza de trabajo, y durante ese periodo de descanso, no se interrumpe el pago de la remuneración de lo que recibe habitualmente por sus servicios personales. Con fundamento en este razonamiento, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha negado la inclusión de las vacaciones disfrutadas como factor salarial de liquidación de las pensiones, en los siguientes términos:

*“Del anterior recuento normativo se concluye, sin lugar a dudas, que los rubros certificados por la entidad (...) deben ser considerados como factor para el cómputo de la pensión de la actora, con excepción de las vacaciones, por cuanto ya están incluidas dentro de la asignación, por corresponder al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, por eso se llama descanso remunerado”*<sup>59</sup>. (Resalta la Sala).

Esta idea de pagar por el descanso lo mismo que por el trabajo, se encuentra inmersa en las normas antes transcritas que regulan las vacaciones en el sector público.

En conclusión, si bien no es posible incluir la indemnización de vacaciones en la liquidación pensional, según la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 la “*prima de vacaciones*”, que es un auxilio económico que percibe el empleado por valor de quince días de salario, con el fin de que disponga de más recursos para disfrutar de su período de descanso, puede

58 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” Sentencia de 7 de marzo de 2013. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00196-01(2263-11).

59 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente n.º 25000232500020060119501 (0091-09).

incluirse dentro del ingreso base de liquidación pensional, en la medida en que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978<sup>60</sup> le otorgó carácter salarial para tales efectos<sup>61</sup>.

## 5. Deducciones de los aportes obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Fondo de Solidaridad Pensional sobre los factores salariales que no fueron objeto de cotización

Según se concluyó en el capítulo que antecede, los emolumentos a los que hace referencia esta consulta no constituyen factor salarial. Sin embargo, en el caso en que la Universidad Nacional de Colombia deba tener en cuenta al liquidar las pensiones factores que cumplan con las características que estableció el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y que al no estar contemplados en el artículo 3º de la Ley 62 de 1985 no fueron objeto de cotización, y en consecuencia, tampoco se consideraron en los cálculos para hacer los aportes obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Fondo de Solidaridad Pensional, es importante determinar el fundamento y la forma en que se deben realizar las deducciones correspondientes.

En lo que se refiere a las cotizaciones no efectuadas sobre nuevos factores salariales que eventualmente deban reconocerse a los pensionados, el fundamento de los descuentos que por dicho concepto haya lugar, fue provisto por el precedente jurisprudencial objeto de esta consulta. En efecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado en su sentencia de unificación dispuso hacer *“los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”*. Justificó esta postura armonizando la protección al erario y los derechos laborales de los pensionados, así:

*“a) De las finanzas públicas*

*En materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se ha observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es el referente a los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público e inversión social.*

60 *“Artículo 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

*a. La asignación básica mensual;*

*b. Los gastos de representación y la prima técnica;*

*c. Los dominicales y feriados;*

*d. Las horas extras;*

*e. Los auxilios de alimentación y transporte;*

*f. La prima de Navidad;*

*g. La bonificación por servicios prestados;*

*h. La prima de servicios;*

*i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*

*j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*

*k. La prima de vacaciones;*

*l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*

*ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968. (Modifica Ley 62/85 para reconocimiento de pensiones)”*. (Resalta la Sala).

61 En este mismo sentido, pueden revisarse las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 3 de febrero de 2011, expediente número: 2007-1044; del 27 de enero de 2011, expediente número: 2007-00112; del 10 de febrero de 2011, expediente número: 2002-2629, del 10 de marzo de 2011, expediente número: 2006-2553; del 17 de marzo de 2011 expediente número: 2006-00577, y de la misma fecha, expediente número: 2007-00064, entre otras.

*Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.*

*En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.*

*Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.*

*En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.”*

Como se observa, la situación financiera del sistema no se antepone a la protección del derecho fundamental de una persona a percibir una pensión acorde con su realidad salarial. Por tanto, si el pensionado, exfuncionario de la Universidad Nacional de Colombia, no cotizó sobre todos los factores salariales, el pago de las sumas que adeude por concepto de los ajustes sobre las cotizaciones podrá descontarse por la entidad cuando liquide o reliquide la pensión<sup>62</sup>.

Igual razonamiento debe aplicarse en relación con la proporción de los aportes que no efectuó el trabajador ni el empleador y que debían destinarse desde el 1º de abril de 1994 al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Fondo de Solidaridad Pensional.<sup>63</sup> En este aspecto considera la Sala imperioso recordar que el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 se refiere a la seguridad social como un “servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley” y que justamente en desarrollo de esa norma superior se expidió la Ley 100 de 1993, que creó y organizó el sistema de seguridad social integral<sup>64</sup>.

A su vez, el Sistema de Seguridad Social Integral se organizó con finalidades contributivas y redistributivas de los recursos con fundamento en el principio de solidaridad, propósitos que se reflejan en la regulación que la ley hizo en materia de cotizaciones y aportes. El prin-

62 Esta solución a ha sido adoptada por el Consejo de Estado de manera uniforme y reiterada al analizar los casos de reliquidación de pensiones de distintas entidades.

63 Ley 100 de 1993. “Artículo. 280-Aportes a los fondos de solidaridad. Los aportes para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones consagrados en los artículos 27 y 204 de esta ley serán obligatorios en todos los casos y sin excepciones. Su obligatoriedad rige a partir del 1º de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta ley”.

64 Ley 100 de 1993 “Artículo 8”. Conformación del Sistema de seguridad Social integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley”.

principio de solidaridad implica en materia de seguridad social “*que todos los que participan en el sistema tienen el deber de contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban, en general, cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino para preservar el sistema en su conjunto*”<sup>65</sup>.

De otra parte, reforzando el principio de solidaridad y los principios de universalidad y eficacia consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, como marco de desarrollo y progresividad del derecho a la seguridad social, el Acto Legislativo 01 de 2005 integró como principio constitucional el de sostenibilidad financiera<sup>66</sup> en el Sistema General de Pensiones.

Estos dos principios fueron tenidos en cuenta por la Sección Segunda del Consejo de Estado al ordenar los descuentos tanto para el sistema de seguridad social en salud como para el de pensiones que debía efectuar un pensionado al que se le reliquidó su pensión con todos los factores salariales devengados. Al respecto señaló:

*“Como quiera que debido a la nueva liquidación de la pensión de vejez ordenada por el a quo de conformidad con lo antes dicho, se ordenó la inclusión de otros factores de liquidación, diferentes a los tenidos en cuenta en los actos demandados; la Sala entiende que lo que pretende la entidad con el recurso de apelación y la jurisprudencia citada en él, es que sobre las diferencias que surjan a partir de la nueva liquidación de la pensión, se ordene hacer los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que los aportes hechos durante el tiempo en que se ha pagado la prestación con base en las resoluciones acusadas, se hizo sobre menores valores que los que se ordenaron por el a quo; además, que se ordene realizar las deducciones sobre los nuevos factores tenidos en cuenta para la liquidación.*”

*La Sala considera que le asiste razón al recurrente en cuanto a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que de haberse reconocido la pensión desde un principio, con base en la totalidad de factores ordenados en la sentencia de primera instancia, se habrían efectuado mensualmente los descuentos por concepto de aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la integridad de la pensión y no sobre el valor liquidado, sin inclusión de la totalidad de factores devengados por el causante; lo anterior tiene total sustento en el principio de solidaridad del Sistema General de Salud; por lo tanto, se adicionará la sentencia recurrida, en el sentido de disponer que sobre las diferencias que se ordene reconocer y pagar a favor de la demandante, se hagan los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.*

*Ahora bien, en lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que sí se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencia de primera instancia, la Sala considera que de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema.*

65 Corte Constitucional, Sentencia C-739 de 10 de septiembre de 2002, expediente D-4037.

66 En el marco de seguridad social dinámica de la Asociación Internacional de la Seguridad Social la sostenibilidad financiera hace referencia a la combinación y equilibrio entre los costos de la administración, el pago de las prestaciones con los ingresos esperados por las cotizaciones de los empleados y empleadores, transferencias fiscales y los ingresos de los fondos privados. Cfr. Asociación Internacional de la Seguridad Social. “Una seguridad social dinámica: Asegurar la estabilidad social y el crecimiento económico. Evolución y tendencias”. Informe global 2010, Ginebra, 2010. Documento presentado en el Foro Mundial de Seguridad Social en Sudáfrica – AISS.

*La anterior decisión tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema, pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.*

*La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional. En las anteriores condiciones, se ordenará adiconar en tal sentido la providencia recurrida”67.*

De acuerdo con lo expuesto, en concordancia con el principio de solidaridad y de sostenibilidad financiera, concluye la Sala que cada una de las partes de la relación laboral, entidad y pensionado, deberá aportar en forma proporcional y concurrente, al monto de las obligaciones con destino a la Seguridad Social o al Fondo de Solidaridad Pensional, el valor que resulte de ajustar la cotización que debía haberse hecho con el salario realmente devengado por el pensionado.

Para el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud los deberes para hacer los correspondientes aportes al sistema tanto de los afiliados como de los empleadores se encuentran en los artículos 160<sup>68</sup> y 161<sup>69</sup> de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 204 *ibídem* que señala el monto y distribución de las cotizaciones.

En relación con el Fondo de Solidaridad Pensional<sup>70</sup>, que es un claro mecanismo de solidaridad mediante el cual los trabajadores que devengan cuatro o más salarios mínimos cotizan un punto adicional a su cotización normal para pensiones con el fin de financiar la cotización de aquellos trabajadores que carecen de empleador que les realice parte del aporte al sistema pensional y que no cuentan con los recursos suficientes para realizar la totalidad del

67 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección “A”, sentencia de 22 de noviembre de 2012. Radicación: 76001233100020090024101.

68 “Artículo. 160. Deberes de los afiliados y beneficiarios. Son deberes de los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud los siguientes:  
(...)// 3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar. // (...)” (Resalta la Sala).

69 “Artículo. 161. Deberes de los empleadores. Como integrantes del sistema general de seguridad social en salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán:  
(...)// 2. En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del sistema general de seguridad social en salud, mediante acciones como las siguientes:  
a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204;  
b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, y// c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno”.

70 Ley 100 de 1993. “Artículo. 25. Creación del fondo de solidaridad pensional. Créase el fondo de solidaridad pensional, como una cuenta especial de la nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley”.

aporte, el deber de aporte al sistema se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 25 y subsiguientes *ibídem*<sup>71</sup>,

Obviamente debe tenerse en cuenta al momento de hacer los respectivos descuentos, por una parte, que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 los porcentajes de los aportes de las cotizaciones repartidas entre trabajadores y empleadores en salud<sup>72</sup> y pensiones<sup>73</sup> han sufrido variaciones; por otra, que como las razones de la reliquidación no le son imputables a la Universidad Nacional de Colombia o a los funcionarios que liquidaron las cotizaciones, pues estos efectuaban los descuentos en atención a los factores que expresamente indicaba la Ley 62 de 1985, y que el criterio fue ampliado por la vía jurisprudencial, no puede haber lugar al cobro de intereses al empleador;<sup>74</sup> y finalmente los términos de prescripción a que haya lugar según se analizará enseguida.

## 6. La prescripción de las cotizaciones para el acceso al derecho de pensión

De manera preliminar la Sala llama la atención en relación con las dificultades que enfrentan los trabajadores en lo que tiene que ver con el incumplimiento de los requisitos para la obtención de un derecho pensional, debido a la existencia de una relación laboral en la que, en ciertos casos, se presenta un incumplimiento parcial o total del pago de cotizaciones por parte del empleador.

Se recuerda que el régimen jurídico instituido por la Ley 100 de 1993, creó una obligación en cabeza del empleador al cual hizo responsable del pago al sistema de seguridad social integral no solo de su aporte sino también del aporte de sus trabajadores. Previó la ley que en

71 Ley 100 de 1993. Artículo 20. Modificado por el art. 7°, Ley 797 de 2003. “Monto de las cotizaciones. (...)”/“Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un punto porcentual (1%) sobre su base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, previsto por los artículos 25 y siguientes de la presente ley. (...)”

72 En relación a los aportes en salud el texto original del inciso primero del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 señalaba que “La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.

Esta disposición fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, y el texto vigente es el siguiente: “Artículo. 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Un punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual solo será incrementado por el Gobierno nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).”

Inciso adicionado por el art. 1°, Ley 1250 de 2008, así: “La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional. (...)”/ Parágrafo. 1°-La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley. (...)”

73 Al respecto, se tiene que los porcentajes de cotización al sistema de seguridad social en pensiones, conforme al artículo 20 original de la Ley 100 de 1993 disponían que los aportes en pensiones a cargo del empleador eran del 75% de la cotización total y el 25% a cargo del trabajador, en los siguientes porcentajes: año 1994: 8% + 3.5% = 11.5%; año 1995: 9% + 3.5% = 12.5%; año 1996 en adelante: 10% + 3.5% = 13.5%. Ahora bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003. Esta disposición mantuvo las proporciones de cotización repartidas entre empleador del 75% y el trabajador del 25% restante, siendo los porcentajes establecidos, así: año 2003: continuó en el 13.5%; año 2004: 13.5% + 1% = 14.5%; año 2005: 14.5% + 0.5% = 15%; año 2006: 15% + 0.5% = 15.5%, año 2007: continuó en el 15.5%, año 2008 hasta la actualidad: 15.5% + 0.5% = 16%.

Por su parte y en relación con los aportes al fondo de solidaridad, se tiene que la cotización con destino a este desde el año 1994 hasta el 2002 correspondió a un aporte adicional de un punto porcentual (1 %) sobre su base de cotización, aplicado a aquellos ingresos mensuales iguales o superiores a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Pero a partir del año 2003, con la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797, la cotización con destino al fondo de solidaridad quedó así: “(...) Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y los afiliados con ingresos iguales o superiores a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2% de 17 a 18 smlmv de un 0.4% de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional”.

74 De acuerdo con lo establecido en los artículos 23 y 161 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 92 del Decreto 1295 de 1994, los empleadores que no cancelen los aportes de Seguridad Social en las respectivas fechas de vencimiento, deben pagar un interés igual al que esté vigente para el impuesto de renta y complementarios en el momento del pago.

el evento en que el empleador omita dicha obligación responda por la totalidad del aporte, aun cuando no hubiere efectuado el respectivo descuento al trabajador<sup>75</sup>; de igual forma, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, refuerza la protección que en relación con sus aportes tiene el trabajador y le permite contabilizar el tiempo de servicio prestado a un empleador que nunca lo afilió o que no realizó los aportes<sup>76</sup>.

Observa la Sala que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional en relación al reconocimiento de la pensión cuando ocurran las circunstancias antes descritas, han resuelto el asunto de manera unívoca y han señalado que la entidad administradora de pensiones tiene la carga de reconocer la prestación económica cuando por su responsabilidad no activó los mecanismos previstos para obtener las cotizaciones en mora, siempre que se afilie por el patrono al trabajador y no se paguen las cotizaciones. Esta conclusión se deriva de la responsabilidad de las administradoras de pensiones de cumplir con la obligación de ejercer la acción de cobro en contra de los empleadores que no han satisfecho sus cotizaciones oportunamente, pues de esta forma se garantiza el pago de las prestaciones del sistema de seguridad social a los afiliados y se reconoce que la legitimación para ejecutar dicha acción está en cabeza de las entidades, y no de los afiliados<sup>77</sup>.

Ahora bien, con independencia de que las administradoras de pensiones puedan recobrar las cotizaciones dejadas de cancelar por el empleador, lo cierto es que estas deberán ser asumidas por dichas entidades con fundamento en la responsabilidad por la omisión de su deber legal de recobro, lo que en todo caso demuestra una protección al derecho pensional del trabajador afiliado al sistema. En este asunto, debe decirse además que la jurisprudencia ha señalado que las cotizaciones no pertenecen al empleador, al trabajador ni a la administradora o entidad correspondiente, que su carácter no es el de los impuestos ni tampoco constituye una contraprestación salarial. La jurisprudencia ha reconocido de manera unifor-

75 Ley 100 de 1993. "Artículo. 22. Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.// El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

76 Ley 797 de 2003. "Artículo 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.// 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.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. // A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

**Parágrafo 1º. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:**

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

(...)

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

(...) (Resalta la Sala).

77 Sobre el referido asunto señaló la Corte: "Mora del empleador en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social. Las consecuencias negativas de la mora no deben ser asumidas por el empleado. Reiteración de jurisprudencia. // Ha sido criterio reiterado de esta corporación sostener que, en el evento en que el empleador incurre en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes.// Tal razonamiento parte de la idea según la cual las entidades administradoras cuentan con los mecanismos jurídicos suficientes para exigir a los empleadores realizar los aportes que correspondan al Sistema de Seguridad Social. Bajo este entendido, la inactividad de tales entidades se observa inexcusable, no pudiendo ampararse en su propia culpa para incumplir las obligaciones que la ley les ha impuesto, teniendo que asumir, por ende, las consecuencias que se derivan de tal omisión. (...)" Cfr. Corte constitucional Sentencia T-855 del 15 de septiembre de 2011. En el mismo sentido Cfr. Sentencias T-920 de 2010, T-702 de 2008, T-377 de 2011, entre otras.



me y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.) tienen naturaleza parafiscal<sup>78</sup>.

Teniendo presente la naturaleza parafiscal de estos recursos, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 1066 de 2006, indicó que el recobro de las cuotas partes pensionales, que constituyen el soporte financiero para la seguridad social en pensiones y cuya responsabilidad está en cabeza de las administradoras de pensiones, prescribe en los tres años siguientes al pago de la mesada respectiva en tanto corresponden a obligaciones económicas de tracto sucesivo o naturaleza periódica entre las diferentes entidades responsables de contribuir al pago pensional. Sin embargo, aclaró que no ocurre lo mismo con la obligación de concurrencia de las diferentes entidades para contribuir al pago pensional a través del sistema de cuota parte, el cual no puede extinguirse mediante la prescripción, porque tiene un vínculo directo con el reconocimiento de la pensión que también es imprescriptible. Sostuvo la Corte:

*“Como se observa, el Legislador siempre tuvo claro que la tardanza en el pago de las cuotas partes daba lugar al reconocimiento de intereses y que en todo caso debía haber un término de prescripción; pero como esos asuntos no estaban definidos con absoluta precisión, consideró oportuno expedir una regulación al respecto, bajo el entendido que las normas sustantivas y procesales de los regímenes laborales y prestacionales siempre han consagrado el fenómeno de la prescripción como forma de extinguir las obligaciones periódicas.*

*De igual forma, conviene mencionar que la Ley 1066 de 2006 fue dictada con el objetivo de estimular una política de saneamiento fiscal de las entidades públicas, forzando la recuperación de cartera y evitando la permanencia indefinida de créditos o el pago de cuantiosos intereses.*

*6.2. En segundo lugar, es necesario diferenciar las cuotas partes pensionales y el derecho al recobro de las mesadas. Las cuotas partes constituyen el soporte financiero para la seguridad social en pensiones, sustentado en el concepto de concurrencia, mientras que el recobro es un derecho crediticio a favor de la entidad que ha reconocido y pagado una mesada pensional, quien puede repetir contra las demás entidades obligadas al pago a prorrata del tiempo laborado o de los aportes efectuados.*

*En esa medida, la obligación de concurrencia de las diferentes entidades para contribuir al pago pensional a través del sistema de cuota parte no puede extinguirse mediante la prescripción, porque tiene un vínculo directo con el derecho, también imprescriptible, al reconocimiento de la pensión. Sin embargo, los créditos que se derivan del pago concurrente de cada mesada pensional individualmente considerada sí pueden extinguirse por esta vía (derecho al*

78 La Corte Constitucional en la Sentencia C-155 de 2004 señaló al respecto: “Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)” v. et. Corte Constitucional, Sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras.

recobro), en tanto corresponden a obligaciones económicas de tracto sucesivo o naturaleza periódica entre las diferentes entidades responsables de contribuir al pago pensional. (...).”

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia prohijó en su jurisprudencia la imprescriptibilidad de las acciones tendientes a la conformación del capital necesario para el pago de la pensión. En esta materia la Sala de Casación Laboral de la citada Corporación puntualizó:

*“No debe desconocerse que para su formación, el derecho de pensión requiere de la confluencia de dos circunstancias que necesariamente implica el transcurso de un lapso de tiempo bastante prolongado, que supera ampliamente los términos de prescripción de las acciones que emanan de las leyes sociales, en la medida que desde su iniciación hasta su culminación, deben transcurrir, por lo menos, 20 años de servicios o haberse cotizado al Seguro durante mínimo 1.000 semanas.*

*Mientras el derecho está en formación, se ha dicho igualmente por la jurisprudencia, la prestación está sometida “...a condición suspensiva, que solamente se perfecciona como derecho cuando concurren los requisitos que la ley exige...”. (Cas. 31 de oct. De 1957 G. J., LXXXVI, núms. 2188 a 2190, 2ª parte, p. 747), lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y, por lo mismo, que no opere en su contra plazo extintivo alguno, pues es solo a partir de que adquiere este atributo, que comienza a contarse el término de prescripción de las acciones tendientes a su protección, como lo tiene dicho esta Sala de tiempo atrás.*

*A pesar de ser complejo en su formación el derecho de pensión, no pueden mirarse aisladamente sus elementos constitutivos, en lo que respecta especialmente al tiempo de servicio o semanas de cotización que se requieren como condición para su exigibilidad, de modo que no puede predicarse, en este caso específico, que aunque el derecho en sí no prescribe, si prescriben los elementos que lo conforman, porque en la práctica sería imposible su gestación, dado lo prolongado de los términos. Así no cabría entender que un empleador quedaría liberado de su obligación pensional con respecto a un trabajador, que no reclamare por el tiempo laborado, dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación de trabajo, cuando apenas su derecho a reclamar la pensión se perfeccionó en un tiempo posterior muy superior.*

*Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso”<sup>79</sup>*

En conclusión, mientras está en proceso de formación el derecho pensional, no cabe predicar respecto de los elementos que lo conforman el instituto de la prescripción. Una vez se consolida y se hace exigible este derecho, será posible que entre a operar la figura jurídica de la prescripción pero solo en relación con los elementos que conforman dicha prestación no sobre la pensión en sí misma.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 18 de febrero de 2004, Radicación: 21.378.

## 7. Los descuentos sobre aquellos factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión que en su momento no fueron cotizados

Realizada la anterior salvedad, esto es, acerca de la imprescriptibilidad tanto del derecho a la pensión como de los elementos que la conforman mientras está en formación la prestación, es necesario precisar que la prescripción por la que se pregunta en esta oportunidad a la Sala tiene relación directa con los efectos del reconocimiento de las pensiones del personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia beneficiarios del régimen de transición a quienes les es aplicable las reglas contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985.<sup>80</sup> Esto permite delimitar el problema jurídico planteado y distinguirlo de la imprescriptibilidad de las acciones encaminadas a obtener el pago de las semanas dejadas de cotizar para la adquisición del derecho, de manera que el análisis se reduce a los siguientes presupuestos:

### a. La causa que origina el descuento es el aporte por el nuevo factor que debe incluirse en la base de liquidación

En este caso no se discute la prescripción sobre el derecho a la pensión o su reliquidación pues el extrabajador completó el tiempo de servicios y las semanas de cotización requeridas por la ley para adquirir el derecho. Sin embargo, con ocasión de la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado la administración debe incluir al momento de liquidar la pensión, además de los factores salariales enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se hicieron los respectivos descuentos, todos aquellos factores que constituyan salario que no estaban contenidos en la ley, y que por tanto, en su momento, no fueron considerados como ingreso base de cotización<sup>81</sup> ni de liquidación y en consecuencia tampoco fueron objeto de descuentos.

La sentencia de unificación del Consejo de Estado, además de ordenar la inclusión de los factores salariales no tenidos en cuenta, avaló la deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los factores incluidos que no estaban en la ley. Al respecto indicó:(...) *Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. (...)*"

Asimismo, el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, 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, permite efectuar las deducciones por los aportes que se adeuden en todo o en parte por el empleado, en la forma que sigue:

80 La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre el régimen de transición pensional en el sector público señaló lo siguiente: "En los distintos pronunciamientos que le ha correspondido emitir a esta Sala(...), para dilucidar variadas inquietudes referidas a la expresión "régimen anterior" contenida en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para efectos de la concreción del régimen de transición que esta consagra, ha sido criterio uniforme que, tratándose de empleados públicos y trabajadores oficiales, la ley 33 de 1985 era el régimen general aplicable en materia de pensión de jubilación y por ende, a ella refiere el artículo 36 en cita". Cfr. Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, de 9 de marzo de 2006. Radicación 1718. v. et. Conceptos 960 de 5 junio de 1997, 960 (ampliación) de 20 de mayo de 1998 y 1390 de 11 de febrero del 2002.

81 El Ingreso base de cotización está constituido por los factores salariales que se utilizan para hacer los aportes o cotizaciones para pensión. En la Ley 100 de 1993 este ingreso base de cotización está definido por el artículo 18, siendo para el caso de los trabajadores del sector privado todos los factores que sean considerados por el Código Sustantivo de Trabajo como salario, y para el caso de los empleados públicos los factores que disponga el Gobierno según las atribuciones conferidas por la Ley 4ª de 1992.

**“Artículo 99. Deducciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios”.** (Resalta la Sala).

Por consiguiente, a efecto de hacer los descuentos que autoriza la jurisprudencia citada y el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, se debe partir de la noción de la cual se originan esos descuentos que es *“la base de liquidación pensional”*. Este concepto se refiere al periodo de tiempo durante el cual se promedian los factores salariales que sirven de base para liquidar la pensión, teniendo en cuenta que en cada régimen varían, y así, puede ser un mes, o el promedio de un año, o diez años o cualquier otro lapso temporal que fije la respectiva norma<sup>82</sup>.

Para el caso de la Ley 100 de 1993, según el artículo 21, se tendrá como ingreso base de liquidación el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales coticie el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión. La Ley 33 de 1985, aplicable a las pensiones del régimen de transición de la Universidad Nacional de Colombia, señaló que era el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios<sup>83</sup>. Es decir, es sobre todos los factores salariales **devengados en ese último año** que se ordena liquidar o reliquidar la respectiva pensión.

Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados<sup>84</sup>.

De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibi-

82 *En la Sentencia T-631 de 8 de agosto de 2002, la Corte Constitucional refiriéndose a la base reguladora o ingreso base de liquidación señaló: “Es de la esencia de las pensiones, su íntima relación con el salario devengado por el aspirante a pensionado. En la legislación anterior a la ley 100 de 1993, no existía la menor duda sobre la relación directa entre salario y pensión. La Ley 1ª de 1932 estableció una escala móvil según el sueldo. La Ley 6ª de 1945 estableció las dos terceras partes “del promedio de sueldos o jornales devengados”. El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 260, establecía como monto de la mesada el 75% “del promedio de salarios devengados en el último año de servicios”. Para los funcionarios del Estado, el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 señaló medida idéntica. El decreto 1848 de 1969 clarifica que el porcentaje es sobre salarios y primas de toda especie. La Ley 33 de 1985 mantiene el 75% “del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios”.*

83 **“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 años (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. (...) (Resalta la Sala).**

84 *Con el Acto legislativo 01 de 2005 se introdujo una medida que varió significativamente esta situación pues se hizo una equivalencia entre lo que efectivamente se cotiza frente a lo que se liquida como pensión. De esta forma el inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política quedó de la forma que sigue: “Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión”.*

dos en el último año de servicios, la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse “*con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios*” en los que efectivamente los haya devengado.

Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.

Ahora bien, ya quedó establecida la posibilidad de realizar los descuentos y se señaló que su cobro depende de los períodos durante los cuales efectivamente el extrabajador hubiera devengado el respectivo factor salarial, descuentos que además se justifican en aras de la protección de las finanzas públicas y el equilibrio económico del Estado. Sin embargo, es necesario aclarar enseguida, que para esas deducciones rige un término de prescripción extintivo propio de todas las obligaciones originadas en una relación laboral.

### **b. Término de prescripción aplicable a los descuentos que deben hacerse sobre los factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión que en su momento no fueron cotizados**

Para efectos de establecer el término de prescripción al que deberán someterse las deducciones que tienen que hacerse sobre los factores salariales que sirvieron para la liquidación de la pensión y que en su momento no fueron cotizados, debe aclararse en primer lugar que, aun cuando los descuentos ordenados involucran el recaudo de sumas que por ley están destinadas al reconocimiento de prestaciones de carácter vitalicio, no puede predicarse de todo aspecto relacionado con la pensión ya consolidada y reconocida la noción de imprescriptibilidad de que goza el derecho en sí mismo,<sup>85</sup> fenómeno que se constituye además como la excepción a la norma general.

Desde mediados del siglo pasado la Corte Suprema de Justicia ha explicado que la prescripción extintiva halla sustento en los principios de seguridad jurídica, orden público y paz social:

85 Sobre la imprescriptibilidad del derecho a pensión la Corte Constitucional ha sostenido: “Para la Corte el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones.// Lo anterior, dada la naturaleza de la prestación económica y social de la cual se trata, según la cual, “...el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no solo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas”.//Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho (...).” Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C- 230 de 20 de mayo de 1998.

*“El fundamento racional de la prescripción extintiva es análogo al de la prescripción adquisitiva, expresan los expositores Colin y Capitant. El orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas. Cuando el titular de un derecho ha estado demasiado tiempo sin ejercitarlo, debe presumirse que su derecho se ha extinguido. La prescripción que interviene entonces evitará pleitos cuya solución será muy difícil en virtud del hecho mismo de que el derecho invocado se remonta a una fecha muy lejana”<sup>86</sup>.*

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción<sup>87</sup>, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

Por lo tanto, para la Sala es claro que una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado<sup>88</sup>.

En este sentido, teniendo en cuenta el criterio esgrimido en líneas precedentes, debe recurrirse a las reglas de prescripción que trae el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968<sup>89</sup>, que en su artículo 102 reguló el asunto y dispuso:

**“Artículo 102. Prescripción de acciones.** *Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. // 2. El simple reclamo escrito*

86 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de octubre de 1950. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-072 de 1994.

87 Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: *“El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado”.*

88 En este punto es importante destacar la Sentencia C-835 de 2003. En aquella oportunidad la Corte declaró inexecutable una norma de la Ley 797 de 2003, que permitía revisar “en cualquier tiempo” las providencias judiciales o actos asimilables que hubieren reconocido derechos pensionales, precisamente por considerar que la falta de un término de prescripción resultaba contraria al ordenamiento superior *“a partir del principio según el cual no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción o caducidad”* Dijo entonces: *“Ahora bien, según se ha visto el inciso tercero del artículo 20 dispone que la revisión podrá solicitarse en cualquier tiempo. Es decir, que en relación con el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión no opera el término de dos años que prescribe el Código Contencioso Administrativo, ni el término de seis meses que prevé el artículo 32 de la ley 712 de 2001 para su interposición, cuando quiera que se trate de los actos estipulados como revisables en términos del artículo 20 de la Ley 797 de 2003. // Entonces, la expresión “en cualquier tiempo”; ¿es constitucional? La respuesta es no. En efecto, a partir del principio según el cual no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción o caducidad, salta a la vista la inseguridad jurídica en que se desplomaría el universo de los derechos adquiridos, de las situaciones jurídicas subjetivas ya consolidadas en cabeza de una persona, de la confianza legítima, y por supuesto, de la inmutabilidad que toda sentencia ejecutoriada merece al cabo de un tiempo debidamente determinado por la ley: la resolución de los conflictos de derecho no puede abandonarse a la suerte de un ad calendas graecas.// (...) // La norma bajo examen bien puede perseguir un fin constitucionalmente válido, como sería la defensa del Tesoro Público. Sin embargo, a la luz de sus consecuencias resulta notoriamente irracional y desproporcionada. Valga recordar que el procedimiento es vehículo impulsor y definitorio de los derechos, deberes y garantías que la Constitución Política y la ley establecen a favor de las personas”.* (Resalta la Sala).

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

*del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.* (Resalta la Sala).

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social<sup>90</sup>. Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

## **8. Actualización conforme al índice de precios al consumidor (IPC) de los descuentos sobre aquellos factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión que en su momento no fueron cotizados por el trabajador ni por las entidades**

La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas.<sup>91</sup> Este propósito de mantener el poder adquisitivo constante de los “*recursos destinados a pensiones*” quedó plasmado en inciso 6º del artículo 48 de la Constitución Política<sup>92</sup>.

De otra parte, reiteradamente la legislación nacional, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que la indexación constituye uno de los instrumentos para enfrentar los efectos de la inflación en obligaciones dinerarias, es decir, en aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada, entre las que se cuentan, por supuesto, las obligaciones laborales<sup>93</sup>. En relación con el concepto de indexación o corrección monetaria al estudiar la actualización de las mesadas pensionales reconocidas antes y después de la Ley 100 de 1993 la Corte Constitucional en sentencia de unificación realizó un recuento sobre la materia así:

90 Expresamente está establecida la favorabilidad desde la Ley 6ª de 1945, artículo 36: “*Las disposiciones de esta sección (sobre prestaciones oficiales) y de la sección segunda, en cuanto sean más favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regulen la materia a que aquella se refieren a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran más favorables a los trabajadores*”. El artículo 21 del C. S. del T. se pronuncia en el mismo sentido. Por lo tanto, ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia a dicho principio.

91 “*Las oscilaciones más frecuentes de la moneda se comprenden en las nociones de devaluación, desvalorización o depreciación y revalorización, atribuyéndose a priori un poder adquisitivo al dinero, menor o mayor al preexistente o coetáneo al origen de la obligación incidente al momento de su cumplimiento*” Cfr. NAMÉN VARGAS William, “*Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria*”. Revista de derecho privado No 3 enero/junio de 1998. Universidad Externado de Colombia.

92 Constitución Política. (...) “*Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. // El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. // La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. // No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. // La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. // El artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005 adicionó los siguientes incisos y párrafos al artículo 48: (...)” (Resalta la Sala).*

93 “*La indexación ha sido definida como un “sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de estos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc”*. Cfr. JIMÉNEZ DÍAZ, Ernesto. “*La indexación en los conflictos laborales*” Revista de Derecho Social, n.º 32, diciembre de 1991.

“El concepto de indexación, indización o corrección monetaria fue por primera vez establecido por los Decretos 677, 678 y 1229 de 1972, con el fin de incentivar el ahorro privado hacia la construcción. De la misma manera, el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 2282 de 1984 (sic), señalaba que las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo podrían ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o el inciso final del artículo 308 del C.P.C. (modificado por el Decreto 2282 de 1989), el cual indicaba que la actualización de las condenas a pagar sumas de dinero con reajuste monetario se haría en el proceso ejecutivo correspondiente. De la misma manera, la Ley 14 de 1984 introdujo el reajuste periódico de los pagos tributarios al Estado y la Ley 56 de 1985 de los cánones de arrendamiento.

*En el derecho laboral la pérdida del valor adquisitivo del dinero adquiere una especial importancia, en razón a que del trabajo depende la subsistencia y la realización de un proyecto de vida. Desde el año 1970, el legislador ha expedido disposiciones encaminadas a hacer frente a los problemas inflacionarios frente a los ingresos de los asalariados.*

*En lo que tiene que ver con las pensiones, inicialmente el Código Sustantivo del Trabajo preveía en su artículo 261 una congelación del salario base para el cómputo de la pensión de jubilación y consagraba que una vez adquiridos los requisitos para acceder a la prestación, no se tenían en cuenta las modificaciones del salario durante el periodo posterior. Esta disposición fue derogada por la Ley 171 de 1961. Posteriormente, las leyes 10 de 1972, 4ª de 1976 y 71 de 1988, establecieron que las pensiones serían reajustadas, cada año, de acuerdo al aumento en el salario mínimo. Igualmente, algunos regímenes especiales como el de los congresistas, consagraron mecanismos para asegurar el poder adquisitivo de la prestación. Así, el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, dispuso que estas se aumentaran en el mismo porcentaje que se reajusta el salario mínimo.*

*(...) La Ley 100 de 1993 consagra expresamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. En primer lugar, la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, fue sustituida por la pensión de vejez introducida por la Ley 100 de 1993. Esta normatividad, en su artículo 21, prevé la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones no solo de vejez sino también la de invalidez y sobreviviente, “con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.*

*Asimismo, el artículo 36 contempla que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos, dentro de las cuales se incluye la indexación del salario base para la liquidación de la pensión. En relación con la pensión sanción el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 consagra que “La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años*



de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE”<sup>94 95</sup>

Como se infiere de la sentencia transcrita y de la lectura del artículo 14 de la Ley 100 de 1993<sup>96</sup> a partir del nuevo sistema de seguridad social integral creado después de la Constitución de 1991 se ordenó reajustar año tras año todas las pensiones concedidas. En relación con las pensiones que fueron otorgadas antes de la entrada en vigencia de los nuevos regímenes el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, refiriéndose a los pensionados del sector público<sup>97</sup> señaló que “*Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1º de enero de 1989. Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo*”. En desarrollo de esta norma se expidió el Decreto Reglamentario 2108 de 1992.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 1995 declaró inexecutable el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 con fundamento en que este desconoce la unidad de materia de esta ley<sup>98</sup>. No obstante, al referirse a los efectos de la sentencia señaló que solo ocurrirían hacia el futuro y que no implicaba que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones pudieran dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992 pues el derecho de estos pensionados al reajuste era una situación jurídica consolidada que gozaba de protección constitucional.<sup>99</sup>

Es decir, en la actualidad no existe una norma expresa distinta de la previsión del inciso 6 del artículo 48 de la Constitución que defina los medios para hacer que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. Con todo, el deber oficioso de la administración en la actualización de las pensiones<sup>100</sup>, al lado criterios de equidad y de justicia que se ha entendido deben operar tanto a favor del sistema como del trabajador, han servido a la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado cuando ha ordenado la actualización de las pensiones teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor certificado por el DANE<sup>101</sup>.

94 Cita interna de la sentencia “Cfr. Sentencia C-862 de 2006 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto”.

95 Corte Constitucional, SU 1073 de 12 de diciembre de 2012, expedientes T-2.707, 711 y AC.

96 Ley 100 de 1993. “Artículo. 14.- Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno. (...)” (Resalta la Sala).

97 El Consejo de Estado en Sentencia de 11 de diciembre de 1997, dentro del expediente n.º 15723, dispuso inaplicar la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º ibidem, por considerar que se vulneraba el derecho a la igualdad de los pensionados del orden territorial.

98 “Es pues indudable que el tema de la Ley 6 de 1992 es tributario. En cambio, el artículo 116 regula un asunto prestacional pues ordena un ajuste a las pensiones de jubilación del sector público nacional, siempre que su reconocimiento se haya realizado con anterioridad al 1º de enero de 1989, con el fin de corregir desequilibrios y desigualdades que habían sido provocados por la existencia, en el pasado, de diferentes sistemas de reajuste pensional. (...)”. Cfr. Corte constitucional Sentencia C- 531 del 20 de noviembre de 1995.

99 Anotó expresamente la Corte que: “tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello”. Ibidem

100 Cfr. Ley 100 de 1993. “Artículo. 14. Reajuste de pensiones”.

101 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente 10075, 27 de junio de 1996. “Se dispondrá el reconocimiento de la indexación de los valores a pagar al demandante, en los términos del artículo 178 del C. C. A. (...) Para ello se acudirá a la fórmula que ha venido

En efecto la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre este tópico ha manifestado:

*“Siguiendo los lineamientos en las sentencias, cuya parte pertinente cita y transcribe el recurrente, es preciso recordar de una parte que la Constitución Política consagra el principio de la equidad como criterio auxiliar en la actividad judicial, debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el ordenamiento jurídico, disposiciones de orden legal que autorizan la indexación o revalorización de las condenas impuestas por esta jurisdicción (art. 178 del C. C. A.).*

*La Sala para resolver el problema jurídico aquí planteado, como lo ha hecho en otras ocasiones, transcribe y acoge las consideraciones expuestas en la sentencia de 15 de junio de 2000 dictada en el proceso n.º 2926-99, en cuanto dijo:*

*En materia de ajuste de valor o indexación de las condenas que profiere esta jurisdicción, la jurisprudencia ha sido armónica con la concepción del Estado Social de Derecho que nos rige a partir de la Carta Política de 1991, su dinámica gira alrededor de la vigencia de un orden justo, para lo cual asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Ha llegado incluso a decretar de manera oficiosa la actualización de valores económicos.*

*Aplicando la regla general establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo razones de equidad y justicia, la Sala atenderá lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., que ordena la actualización de las condenas aplicando el índice de precios al consumidor para actualizar las diferencias que resulten de la reliquidación pensional<sup>102</sup>.*

Por tanto, teniendo en cuenta los antecedentes legislativos y jurisprudenciales sobre la materia, concluye la Sala que los descuentos sobre aquellos factores incluidos en la liquidación o reliquidación de las pensiones, que en su momento no fueron cotizados por el trabajador ni por las entidades, deberán actualizarse, en la proporción que corresponda, con el índice de precios al consumidor (IPC),<sup>103</sup> que como es conocido, es un indicador que refleja los cambios y variaciones de los precios de un conjunto representativo de bienes y servicios que consume la mayoría de la población, y se constituye en el principal instrumento para medir la inflación, el aumento del nivel general de precios y la desvalorización de la moneda. Por ello, la aplicación del IPC se erige en un mecanismo que ajusta la cantidad de moneda que ha de pagarse en virtud de una obligación dineraria, con el fin de preservar la equivalencia del valor de cambio de la suma original para la fecha en que la obligación se hizo exigible y se dispuso su pago efectivo, de forma que permite el pago del valor real de dichas acreencias, y de alguna manera se contribuye al financiamiento del mayor valor reliquidado.

*siendo utilizada de tiempo atrás por la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la ejecutoria del último acto acusado):*

102 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 27 de enero de 2011, expediente n.º 73001233100020070014001.

103 El índice de precios al consumidor (IPC) es posiblemente el dato estadístico más importante producido por los institutos nacionales de estadística. El IPC es considerado en casi todos los países como uno de los indicadores básicos del funcionamiento de la economía. El índice de precios al consumidor sirve para una amplia variedad de objetivos, ya que en la práctica sigue siendo la medida más precisa de la inflación que afecta a los hogares. También es el barómetro del comportamiento de la economía y un indicador clave para evaluar los resultados de la política monetaria y fiscal de un país. El IPC se utiliza frecuentemente para ajustar los salarios y las prestaciones de seguridad social (por ejemplo, las pensiones) y compensar así las variaciones del costo de la vida. Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Informe III. Índices de Precios al Consumidor. Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo. Ginebra, 24 de noviembre a 3 de diciembre de 2003. <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/download/mels-r-2.pdf>

Conforme a lo expuesto,

### LA SALA RESPONDE:

1. *“¿Los descuentos autorizados sobre los factores que no fueron objeto de cotización deben realizarse sobre la totalidad de los tiempos en que existió la relación laboral? ¿Es procedente aplicar algún tipo de prescripción?”*

2. *Los descuentos autorizados de los factores que no fueron objeto de cotización no pueden realizarse sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral, pues prescriben en tres (3) años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.*

3. *“¿Los descuentos sobre los factores que no fueron objeto de cotización deben actualizarse de acuerdo al IPC certificado anualmente por el DANE, con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de los aportes, y contribuir así al financiamiento del mayor valor reliquidado?”*

Sí. Los descuentos sobre aquellos factores incluidos en la liquidación o reliquidación de las pensiones, que en su momento no fueron cotizados por el trabajador, deberán actualizarse con el índice de precios al consumidor (IPC) permitiendo el pago del valor real de dichas acreencias, con lo que de alguna manera se contribuye al financiamiento del mayor valor reliquidado.

3. *“¿Los descuentos sobre los factores que no fueron objeto de cotización, deben realizarse también con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 01 de abril de 1994?”*

4. *¿Con ocasión de la aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, es procedente efectuar los descuentos con destino al Fondo de Solidaridad Pensional sobre aquellos factores que no fueron objeto de cotización a partir del 01 de abril de 1994?*

Sí, en concordancia con el principio de solidaridad y de sostenibilidad financiera, cada una de las partes de la relación laboral, entidad y pensionado, deberá aportar en forma proporcional y concurrente sobre el valor que resulte de ajustar la cotización que debía haberse hecho con el salario realmente devengado por el pensionado al monto de las obligaciones con destino a la Seguridad Social y al Fondo de Solidaridad Pensional. Al efecto deberán tenerse en cuenta las variaciones legislativas que han sufrido en distintos años los porcentajes de los aportes y los términos de prescripción a los que se refirió este concepto.

5. *¿Se deben incluir como factores de reliquidación pensional: el quinquenio, la bonificación de bienestar universitario y la bonificación especial de bienestar, los cuales fueron creados por el Consejo Superior Universitario?*

No es posible considerar el quinquenio, la bonificación de bienestar universitario y la bonificación especial de bienestar como factores salariales de carácter legal para efectos de la liquidación y reconocimiento de las pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de la Universidad Nacional de Colombia en tanto el régimen salarial y prestacional de

los empleados públicos docentes y empleados administrativos de las universidades, se sujeta a la regla prevista en el literal e) del artículo 150-19 de la Constitución Política de 1991, y a la Ley 4ª de 1992, y los emolumentos mencionados fueron creados mediante “Acuerdo” por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, de manera que carecen de efecto y no crean derechos adquiridos.

*6. ¿Las vacaciones constituyen factor de salario, y por tanto deben ser incluidas en la liquidación de la pensión de jubilación de los servidores públicos del régimen de transición de la Universidad Nacional de Colombia?*

No se debe incluir la indemnización de vacaciones en la reliquidación de las pensiones a cargo de la Universidad Nacional de Colombia, toda vez que no constituye factor salarial sino una retribución que reemplaza el tiempo de descanso que concede la ley. La prima de vacaciones si constituye factor salarial y debe incluirse en la liquidación de la pensión.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Ruth Stella Correa Palacio, Conjuez. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

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.

### **Radicado 2280**

Fecha: 26/05/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 17 de junio de 2016

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, con base en la circunstancia de que ese Ministerio asumió el pago de las cuotas partes pensionales de los extrabajadores y pensionados del liquidado Idema, formula a la Sala una consulta acerca de la viabilidad o no de incluir en el pago de dichas cuotas el concepto del reajuste pensional por salud, establecido por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

### **I. Antecedentes**

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural expone, en síntesis, los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto:

1. El Gobierno nacional, por medio del decreto ley 1675 de 1997, dispuso la supresión y liquidación del Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema). Este proceso concluyó el 31 de diciembre de 1997, fecha a partir de la cual las obligaciones laborales, bienes no enajenados, derechos, funciones y archivos pasaron a la nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

2. Dicho Ministerio, en cumplimiento de lo establecido por el último inciso del artículo 6º del decreto ley 1675 de 1997, asumió el reconocimiento y pago de las obligaciones laborales derivadas del Sistema General de Pensiones, respecto de los extrabajadores y pensionados del antiguo Idema, incluida la concurrencia y pago de las cuotas partes pensionales.

3. Como se sabe, la caja de previsión social o la entidad obligada al pago de una pensión, debe cobrar las respectivas cuotas pensionales a las entidades obligadas a concurrir al pago, a prorrata del tiempo cotizado o servido en ellas por el empleado o trabajador.

4. La Ley 100 de 1993 estableció que la cotización para salud quedaba en su totalidad a cargo de la persona pensionada y como aumentó dicha cotización, dispuso, mediante el artículo 143, un reajuste pensional para quienes se les hubiera reconocido la pensión con anterioridad al 1º de enero de 1994, con la finalidad de compensarles la pérdida que les representaba el asumir ese aumento. Esta norma fue reglamentada por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

*5. El consultante explica el aludido reajuste en la siguiente forma: “El reajuste a la mesada se efectuó en 1994 por la diferencia entre la cotización que se venía efectuando y la nueva cotización del 8%, y en 1995, cuando inició la cobertura familiar del sistema, la mesada pensional se terminó de reajustar por la diferencia entre el 8% y la nueva cotización del 12%”.*

6. Luego, menciona cómo el Idema aplicó el reajuste: “(...) Para ejecutar la disposición contenida en el artículo 142 (sic, es 143) de la Ley 100 de 1993, el liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema) aplicó el reajuste como un concepto adicional a la mesada pensional, y solamente sobre las 12 mesadas ordinarias lo que llevó a determinar que los valores para la concurrencia o pago de las cuotas partes pensionales se liquidaran con base en el monto de la mesada sin incluir el referido reajuste por salud”.

7. Expresa que el Idema fundamentó su interpretación principalmente en la Sentencia C-111 de 1996 de la Corte Constitucional y en el Concepto n.º 1897 del 31 de julio de 2008, de la Sala de Consulta y Servicio Civil (C. P. William Zambrano Cetina).

Cita el siguiente aparte de la Sentencia C-111 de 1996: “Este reajuste de la pensión es específico para quienes se les hubiere reconocido la pensión con anterioridad al 1o. de enero de 1994 y rige a partir de dicha fecha, como lo señala la norma cuyos apartes se acusan; no ampara ninguna desigualdad sino que, por el contrario acata dicho principio consagrado en el artículo 13 de la C. P., y es evidente que es distinto al reajuste anual ordenado para todos los pensionados a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, (...)”.

Y la parte final que dice: “Es preciso concluir, pues, que en este caso no quiso el legislador hacer un reajuste general de la pensión, que existe consagrado en la mencionada norma, sino resolver un caso específico precisamente para preservar el principio de igualdad, lo cual interpreta y realiza los fines consagrados en el supremo ordenamiento jurídico”.

En relación con el Concepto n.º 1897 de la Sala, cita la siguiente respuesta:

“Respuesta: En cualquier caso, se debe garantizar el pago integral del reajuste previsto en el Artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias; tal pago no se debe afectar o disminuir por efectos de la compartibilidad de la pensión con el Instituto de Seguros Sociales. El reajuste mensual ordenado en la referida disposición legal no puede calcularse únicamente sobre el valor que corresponde asumir al Ministerio después de la compartibilidad, pues ello implicaría una reducción del ingreso real del pensionado y desconocería el efecto neutro o compensatorio que la ley le dio a dicho reajuste”.

8. El Ministerio expone en los siguientes términos la situación presentada:

“(…) Teniendo en cuenta que la connotación del reajuste por salud ordenado en la Ley 100 de 1993 es el de un subsidio o una compensación al valor del aporte de salud que paga mensualmente el pensionado, no se le puede dar el carácter de reajuste general a la pensión, por tal razón el Idema no paga cuota parte sobre este concepto. No obstante otras entidades pensionantes (resultando de interés particular las entidades territoriales, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 78 de la Ley 1753 de 2015) han aplicado el reajuste establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 a la totalidad de la mesada, deduciendo que en la liquidación de las cuotas partes pensionales a cargo de este Ministerio debe incluirse también la cuota parte correspondiente a dicho reajuste.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha objetado los cobros realizados de esta forma, lo que ha derivado en procesos ejecutivos por vía judicial o por jurisdicción coactiva por el cobro del ajuste por salud como cuota parte adjudicada al Idema, hoy MADR (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural)”.

9. Finalmente, el Ministerio expresa su opinión sobre el tema y la justificación de la consulta, así:

*“(...) Es pertinente aclarar que mientras el concepto del 31 de julio de 2008 del Consejo de Estado se refirió a las pensiones que debe pagar directamente el Ministerio, la consulta que ahora quiere formularse está relacionada con las pensiones reconocidas por otras entidades, a cuyo pago concurre el Ministerio como mero responsable de una cuota parte de la pensión.*

*Esta consulta va encaminada entonces a determinar si en estos escenarios en que el Ministerio es responsable, no del pago de la pensión, sino apenas del giro de una cuota parte, también debe asumir el pago de una ‘cuota parte’ de reajuste por salud, el cual, siguiendo el criterio del concepto del Consejo de Estado, el Ministerio ha entendido que le correspondería asumirlo integralmente a la entidad pensionante.*

*En ese contexto se requiere conocer el ilustrado concepto de esa Corporación para efectos de evaluar la viabilidad de reconocer y pagar la inclusión del referido reajuste ordenado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 como un componente de la cuota parte pensional”.*

Con base en lo expuesto, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural formula las siguientes PREGUNTAS:

*“1. ¿La cuota parte pensional y el reajuste por salud previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 son conceptos diferentes?*

*2. ¿Es procedente o no incluir en el pago de las cuotas partes pensionales a cargo del Idema, hoy Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el concepto del reajuste por salud previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993?”*

## **PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:**

### **A. Ámbito de la consulta**

Conviene mencionar que, de acuerdo con la precisión que hace la misma consulta, esta se refiere a los eventos en los cuales el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como organismo que asumió las obligaciones laborales y pensionales del liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema), debe contribuir con el valor de las cuotas partes que le correspondan, para el pago de las pensiones de vejez o jubilación, invalidez o sobrevivientes, a cargo de entidades del orden nacional o territorial, no a los eventos en los cuales el Ministerio, en sustitución del liquidado Instituto, es el organismo pagador de la pensión.

### **B. Las cuotas partes pensionales como sistema de concurrencia de las entidades en el pago de las pensiones**

El sistema de cuotas partes pensionales se instituyó con la finalidad de que las entidades en las cuales el empleado o trabajador había servido o cotizado para su pensión, contribuyeran, a prorrata del tiempo servido o cotizado, con la caja o la entidad pagadora de la pensión.

Hubo varios antecedentes normativos de este sistema, siendo de destacar para la época de operación del Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema), el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”, referente al régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, el cual contempló las cuotas partes pensionales cuando previó en la siguiente forma, mediante el artículo 72, la acumulación de los tiempos de servicios en distintas entidades oficiales, con la finalidad de alcanzar el tiempo exigido para la pensión de jubilación:

*“Artículo 72. Acumulación del tiempo de servicios. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación. En este caso, el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta”.*

Luego, el artículo 2º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985, “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”, reforzó la fijación del valor de las cuotas partes pensionales con el establecimiento de un silencio administrativo positivo, consistente en que si los organismos deudores no objetaban en el plazo perentorio de quince (15) días la liquidación de la pensión, se entendía que la habían aprobado y por lo tanto, quedaban obligados a asumir las cuotas determinadas por la entidad pagadora. Dijo así la norma:

*“Artículo 2º. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.*

*Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del presupuesto nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales”.*

Posteriormente, la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”, estableció, en su artículo 7º, la llamada pensión de jubilación por aportes, consistente en que los empleados oficiales y los trabajadores privados que acreditaran veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social del orden nacional o territorial, y en el Instituto de Seguros Sociales, tenían derecho a una pensión de jubilación a los sesenta (60) años de edad o más los hombres y cincuenta y cinco (55) años o más las mujeres, para la cual las entidades involucradas debían contribuir con las cuotas partes correspondientes.

El Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, “Por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988”, estableció respecto de dichas cuotas partes lo siguiente:



“Artículo 11. Cuotas partes. *Todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tiene la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagadora de la pensión con la cuota parte correspondiente.*

*Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince (15) días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual, si no se ha recibido respuesta, se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión. La cuota parte a cargo de cada entidad de previsión será el valor de la pensión por el tiempo aportado a esta entidad, dividido por el tiempo total de aportación”.*

En síntesis, se aprecia que la cuota parte pensional es la suma con que una entidad concurre o contribuye, a prorrata del tiempo servido o cotizado en ella, al pago de una pensión a cargo de una caja o entidad pagadora de la misma.

La cuota parte es la suma equivalente al porcentaje del monto de la pensión con que debe contribuir una entidad, de acuerdo con lo establecido al respecto en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión dictado por la caja o entidad pagadora, que se encuentre en firme. Dicho porcentaje está en función del valor de la pensión, de manera que si esta se reajusta, la cuota parte se debe reajustar en la proporción correspondiente.

### **C. El reajuste pensional por salud previsto por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993**

El artículo 143 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, estableció un reajuste pensional especial “*para los actuales pensionados*”, es decir, para las personas que estaban pensionadas en ese momento, o más exactamente, como lo precisa la norma, para las personas a quienes se les había reconocido la pensión de jubilación o vejez, invalidez o muerte, con anterioridad al 1° de enero de 1994, con la finalidad de compensarles el alza en la cotización para salud que les correspondía asumir con la entrada en vigencia de esa ley. Esta disposición instituyó dicho reajuste en los siguientes términos:

“Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. *A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha<sup>1</sup>, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley.*

*La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de estos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral<sup>2</sup>.*

1 Las expresiones “*A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994*” y “*a partir de dicha fecha*” del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-111 del 21 de marzo de 1996 (M. P. Fabio Morón Díaz).

2 El inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 que, como se aprecia, establece que la totalidad de la cotización para salud en el caso de los pensionados, está a cargo de estos, fue demandado y finalmente declarado exequible por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-126 del 16 de febrero de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), con fundamento básicamente en los principios constitucionales que orientan la seguridad social, en especial el de solidaridad, y la libertad que tiene el Legislador para configurar el régimen jurídico en este campo.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud<sup>3</sup> podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

Parágrafo Transitorio. Solo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá (sic) con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal”.

Resulta oportuno anotar que la Corte Constitucional ante una demanda que buscaba que dicho reajuste no fuera solamente para los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994, sino también para quienes se pensionaran con posterioridad a esa fecha, declaró exequibles, por medio de la Sentencia C-111 del 21 de marzo de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz), las expresiones del citado artículo 143 que dicen: “con anterioridad al 1º de enero de 1994” y “a partir de dicha fecha”.

La Corte distinguió ese reajuste, que calificó de “específico”, del reajuste general anual de las pensiones contemplado en el artículo 14 de la misma ley, consideró que no se violaba el principio de igualdad entre los pensionados sino que, antes bien, se buscaba preservarlo, y fundamentó la constitucionalidad de las expresiones acusadas con la siguiente argumentación:

*“(…) cabe destacar que para las personas pensionadas con anterioridad al 1o. de enero de 1994 y por disposición de la Ley 100 de 1993 y del artículo 30 del Decreto 1919 de 1994, se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, quedando fijado en un once por ciento para 1995 y en un doce por ciento para 1996 de lo recibido como mesada pensional; debido a esta situación, el reajuste contemplado en la norma acusada pretende colocar en igualdad de condiciones a los dos grupos de personas, con lo cual “desarrolla el principio de la igualdad en su dimensión de igualdad como diferenciación”, ya que la Ley 100 de 1993 impone un nuevo monto en la cotización que no se hallaba establecido en las disposiciones anteriores aplicables a los pensionados antes de aquella fecha, y esta regulación supone una nueva obligación económica que afecta el monto de lo que efectivamente se recibe como mesada, por la pensión que ya se ha consolidado y se ha decretado antes de aquella fecha.*

*Para la Corte Constitucional es evidente que la razón de ser del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, encuentra pleno fundamento en que los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994, se hallan en una situación diferente a la de quienes se pensionen con posterioridad a esa fecha, ya que aquellas personas han tenido un distinto régimen de obligaciones, montos de pensión y demás derechos y beneficios, que comprende la cotización para salud regulada bajo un nuevo sistema llamado contributivo en el nuevo sistema general de salud; pero, además, dicho fundamento de justicia y de racionalidad que aparece en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, tiene en cuenta que, dentro del nuevo marco legal, la cotización al mencionado régimen contributivo en salud se encuentra a cargo del pensionado, mientras que quienes se pensionen con posterioridad a dicha fecha habrán cotizado para el sistema contributivo de salud en otra*

3 El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud fue reemplazado por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), la cual fue creada por el artículo 3º de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007, “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Luego, el Gobierno nacional suprimió dicha Comisión y ordenó su liquidación, por medio del artículo 1º del Decreto 2560 del 10 de diciembre de 2012, y trasladó sus funciones al Ministerio de Salud y Protección Social, de acuerdo con los artículos 1º, inciso cuarto, y 26 de este.

*manera y dentro de una modalidad bien diferente, en la que participa de modo definitivo el empleador. (...)*

*La Corte estima que en el caso que se examina con el inciso 1° de la norma acusada, se trata de compensar a los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994, a quienes se les hubiere reconocido la pensión, en el sentido de otorgarles un reajuste que sea equivalente al incremento de la cotización para la salud, que resulte de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y de las disposiciones legales que señalen el monto de la cotización.*

*Este reajuste de la pensión es específico para quienes se les hubiere reconocido la pensión con anterioridad al 1° de enero de 1994 y rige a partir de dicha fecha, como lo señala la norma cuyos apartes se acusan; no ampara ninguna desigualdad sino que, por el contrario acata dicho principio consagrado en el artículo 13 de la C.P., y es evidente que es distinto al reajuste anual ordenado para todos los pensionados a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, (...)*

*A primera vista, el reajuste decretado por la disposición acusada podría parecer un ejemplo típico de desigualdad, como lo entienden la demanda y el señor Viceprocurador, ya que en realidad los pensionados con anterioridad a enero de 1994, una vez en vigencia la misma Ley 100 de 1993 contribuirán al sistema en un monto igual al de quienes resulten pensionados después de aquella fecha y para estos no se previó ningún aumento relacionado con el incremento en la cotización al régimen general en salud que deben cubrir; empero, lo cierto es que a quienes reciben la pensión después de aquella fecha se les aplican las nuevas reglas de montos y cuantías pensionales mientras que los pensionados con anterioridad, recibirían su pensiones de conformidad con su régimen de pensiones y con los reajustes que correspondan.*

*Es preciso concluir, pues, que en este caso no quiso el legislador hacer un reajuste general de la pensión, que existe consagrado en la mencionada norma, sino resolver un caso específico precisamente para preservar el principio de igualdad, lo cual interpreta y realiza los fines consagrados en el supremo ordenamiento jurídico”.*

Como se observa del texto del citado artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y de lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-111 de 1996, se trata en este caso de un reajuste especial del monto de la pensión para las personas pensionadas con anterioridad al 1° de enero de 1994, con la finalidad de compensarles el aumento de la cotización para salud establecido por dicha ley<sup>4</sup> y, como quedó dicho, las cuotas partes pensionales están dirigidas a contribuir al pago de la totalidad de la pensión, la cual por tanto, comprende sus reajustes, que ciertamente hacen parte de la cuantía del prestación. De otra manera, las cuotas serían deficitarias para la entidad a cuyo cargo se encuentra la obligación de pagar la pensión.

4 La Sala en el Concepto n.° 1064 del 16 de diciembre de 1997 (C. P. Augusto Trejos Jaramillo), explicó lo siguiente sobre el descuento con destino a la salud de los pensionados:

*“El antecedente del descuento de la mesada pensional con destino a la salud se encuentra en la Ley 4° de 1966, que proveyó de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión. En el párrafo del artículo 2° estableció que los pensionados cotizarían el 5% de su mesada pensional. Esta disposición fue reiterada en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.*

*Con la expedición de la ley 100 de 1993 y del decreto 1919 de 1994 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, que quedó en once (11%) por ciento para 1995 y doce (12%) por ciento para 1996 de lo recibido como mesada pensional, es decir, esta regulación supone una nueva carga económica que no se hallaba establecida en las disposiciones anteriores aplicables a los pensionados antes de aquella fecha y que afecta el monto de lo que efectivamente recibían como mesada correspondiente a la pensión ya consolidada y decretada”.*

Ahora bien, el reajuste por salud para las personas con pensión reconocida al 1° de enero de 1994 fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1994, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993”, el cual hizo la precisión de que dicho reajuste también comprendía a las personas con pensión causada a esa fecha y dispuso expresamente que la mesada pensional mensual debe incluir ese reajuste. Dispuso esta norma:

*“Artículo 42. Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.*

*En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar.*

*Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud, y transferirlo (sic) a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.*

*Parágrafo. Lo previsto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo”*

Este artículo reglamentario, al igual que el legal, fue demandado parcialmente ante el Consejo de Estado, y la Sección Segunda de este, mediante Sentencia del 19 de mayo de 2005 (C.P. Alberto Arango Mantilla), Rad. n.º 11001-03-25-000-2002-00162-01 (3165-02), negó la nulidad de la norma, con base en la siguiente motivación:

*“Como se sabe, el objeto del reajuste no es otro que el de procurar que los pensionados no soporten una desmejora en sus ingresos o que los vean disminuidos, precisamente en razón del aumento de la cotización en salud. Ahora, es bueno aclarar que la cotización para salud que se ordenaba pagar con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no era uniforme y se atenía al régimen al cual se hallaba afiliado el jubilado. De ahí, que el legislador pretendiera, como en efecto lo hace con la expedición de la Ley 100 de 1993, unificar las cotizaciones para todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.*

*Razón por la cual se aplica el reajuste pensional a quienes se les ha reconocido, con anterioridad al 1° de enero de 1994, la pensión de jubilación, vejez, invalidez o muerte, puesto que tales personas se verían afectadas con el aumento de la cotización, reflejada desde luego en su asignación pensional. (...).*

*Lo que hace el artículo 42 de la Ley 692 de 1994 no es otra cosa que precisar (i) que el reajuste se incluya en la respectiva mesada, (ii) que el reajuste proceda por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que entró a regir a partir de abril de 1993 o la que se determinará cuando empezará a regir la cobertura familiar, sin exceder –se insiste– del doce por ciento (12%) y (iii) aclarar la cuantía del reajuste, sin desconocer lo previsto en la ley, pues se trata de un porcentaje equivalente a la elevación de la cotización (art. 204 Ley 100/93).*

*Así las cosas, observado lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, se encuentra que esta norma es una reproducción textual, con escasa diferencia, del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, puesto que lo único que varía es que incluye a quienes no se les ha reconocido la pensión pero la tienen causada por cumplir con las formalidades de ley, lo cual no desconoce la norma a reglamentar, puesto que tal reajuste incluye a todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud” (Negrillas del texto original).*

Como se observa en el mandato del artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y se destaca en la sentencia citada del Consejo de Estado, los pensionados amparados por el artículo 143 de la Ley 100, tienen derecho a que en la mesada mensual de la pensión se incluya el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100.

Cabe anotar que el reajuste de la pensión en este caso, no significa un mayor ingreso para el pensionado, como lo explicó la Sala en el Concepto n.º 1897 del 31 de julio de 2008 (C. P. William Zambrano Cetina), cuando señaló:

*“De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra entonces que existe una posición uniforme en la jurisprudencia<sup>5</sup> en relación con el alcance de la norma objeto de estudio, en cuanto a que su finalidad es ‘compensar’ el efecto negativo del incremento de la cotización en salud de los pensionados ordenada por la Ley 100 de 1993, para evitar que esta ‘aminore’, ‘reduzca’ ‘deprecie’ o se refleje negativamente en la asignación mensual de las personas a quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes y de aquellas a quienes sin haberles efectuado dicho reconocimiento tuvieran causada la correspondiente prestación.*

*En ese sentido, el reajuste del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 no representa como tal un incremento o revalorización en términos reales del ingreso del pensionado, lo que, en todo caso, no implica que no se deba asegurar su pago completo, pues, como se ha visto, el ingreso real de quienes se pensionaron o causaron su derecho antes del 1º de enero de 1994, no debe sufrir ninguna disminución por causa de la elevación de las cotizaciones en salud (garantía de efecto neutro) (Negrillas textuales)”.*

5 Conviene destacar ahora, dentro de la jurisprudencia citada en el referido Concepto de la Sala, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de agosto de 2002, Exp. n.º 18563, en la cual esta manifestó lo siguiente:

*“(…) el reajuste especial de pensiones por ella decretado (Ley 100 de 1993) no comportaba una revalorización en el ingreso real del pensionado, sino una compensación por la depreciación a que se vería abocado el beneficiario de una pensión como consecuencia del incremento en el monto de cotización para salud, con destino a cubrir la medicina familiar, y por ese mecanismo extender la cobertura ciertamente precaria en esta materia antes de la Ley 100.*

Corolario de lo anterior es que el valor de la pensión así incrementado no va a engrosar definitivamente el peculio del pensionado, sino que debe destinarse a la correspondiente entidad promotora de salud para los fines explicados, por lo que si bien se puede hablar de un verdadero reajuste en el monto nominal de la citada prestación social, esa cifra adicional debe ponerse a disposición de las respectivas empresas recaudadores, mediante descuento efectuado por el responsable de la cotización, la entidad pagadora de la pensión o por la entrega directa que haga el pensionado de ese porcentaje en el evento de que se le hubiere cancelado directamente a él la totalidad de la mesada” (Negrillas textuales).

Precisamente en la primera de las respuestas del citado Concepto n.º 1897, la Sala expresó que *“el mayor valor a favor del pensionado, se compensa con el mayor descuento por aportes en salud ordenado por la Ley 100 de 1993”*.

Resulta oportuno aclarar que la Sala en dicho Concepto sostuvo que se debía garantizar el pago integral del reajuste previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, pero no señaló que tal pago quedaba exclusivamente a cargo de la entidad pagadora de la pensión y que las entidades que tenían la obligación de concurrir con sus cuotas partes pensionales no debían contribuir con la parte proporcional de ese reajuste. Al respecto conviene precisar la interpretación correcta de lo allí expuesto. Para la Sala es claro que las cuotas partes pensionales están en función del valor integral de la pensión, el cual comprende lógicamente sus reajustes, sean especiales como este del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 o generales como el del artículo 14 de la misma ley, y por lo tanto, las entidades obligadas a cubrir las cuotas partes pensionales deben contribuir con el pago que les corresponda según el porcentaje de la pensión que deben asumir.

En conclusión, las entidades que tienen a su cargo el pago de cuotas partes pensionales, deben cubrir el concepto del aludido reajuste por salud incluido en el valor de la pensión, de conformidad con el acto administrativo en firme que determinó los porcentajes de dichas cuotas.

#### **D. La supresión de las cuotas partes pensionales dispuesta en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018**

Respecto del tema de las cuotas partes pensionales, resulta oportuno mencionar que el artículo 78 de la Ley 1753 de 2015, *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’*”, ley que por su importancia económica y presupuestal, tiene prelación sobre las demás leyes conforme al ordenamiento superior<sup>6</sup>, dispuso la supresión de dichas cuotas por parte de las entidades públicas del orden nacional que formen parte del Presupuesto Nacional.

Dice así esta norma:

*“Artículo 78. Supresión de cuotas partes pensionales. Las entidades públicas del orden nacional que formen parte del Presupuesto General de la Nación, cualquiera sea su naturaleza, y Colpensiones, suprimirán las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales. Esta posibilidad aplicará tanto para las cuotas causadas como a las que a futuro se causen. Para el efecto, las entidades harán el reconocimiento contable y la respectiva anotación en los estados financieros.*

*Lo dispuesto en el inciso anterior también aplicará a las entidades que al primero de abril de 1994 tuvieron la calidad de entidades del orden nacional.*

*La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), procederá en el mismo sentido en relación con las obligaciones por*

---

6 Artículo 341 inciso tercero, de la Constitución Política.

*cuotas partes pensionales que haya reconocido a partir del momento en que asumió la función de reconocimiento pensional de entidades del orden nacional liquidadas o en liquidación, que sean financiadas con recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep)”.*

Como se aprecia, esta norma que ya se había alcanzado a contemplar en el pasado<sup>7</sup> y que la Corte Constitucional había avizorado en una providencia<sup>8</sup>, establece que Colpensiones, la UGPP (en las condiciones fijadas) y las entidades públicas integrantes del Presupuesto General de la Nación<sup>9</sup>, entre las cuales se encuentran lógicamente los Ministerios, deben suprimir las obligaciones derivadas de cuotas partes pensionales, de manera que no se encuentran comprendidas las entidades territoriales, respecto de las cuales seguirán existiendo tales obligaciones.

Cabe anotar que lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley 1753 de 2015 rige a partir de la publicación de esta (artículo 267) y, por lo tanto, no sería viable cualquier interpretación que le diera efectos retroactivos, que implicara afectación de los derechos adquiridos en materia laboral y de seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. De otra parte, la Sala anota que el mencionado artículo 78 de la Ley del Plan de Desarrollo no tiene otras pretensiones distintas a las meramente contables, como lo señala en su texto.

### LA SALA RESPONDE:

*“1. ¿La cuota parte pensional y el reajuste por salud previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 son conceptos diferentes?”*

Sí. La cuota parte pensional es la suma equivalente al porcentaje con que una caja, fondo o entidad debe contribuir al pago de una pensión de jubilación o vejez, mientras que el reajuste por salud establecido por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, consiste en el derecho que tienen las personas con pensión reconocida o causada con anterioridad al 1º de enero de 1994, a que las entidades pagadoras de la pensión les incluyan en la mesada pensional, un reajuste equivalente al aumento en la cotización para salud prevista en dicha ley.

7 En efecto, la Ley 33 de 1985 en el inciso segundo del artículo 2º, referente al sistema de las cuotas partes pensionales, establece lo siguiente: *“Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o cajas, por concepto de aportes del presupuesto nacional; cuando se trate de entidades, del orden departamental, intendencial, comisaral, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales”.*

8 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-895 del 2 de diciembre de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), mediante la cual declaró exequibles varias expresiones sobre la prescripción de la acción de cobro de las cuotas partes pensionales, contenidas en el artículo 4º de la Ley 1066 de 2006 sobre normalización de la cartera pública, manifestó lo siguiente:

*“Por lo demás, conviene precisar que las cuotas partes corresponden a un sistema de concurrencia en el pago pensional, diseñado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 para entidades públicas del mismo o diferente nivel. Así, en la medida en que el paso del tiempo ampliará el número de afiliados al sistema general de seguridad social y extinguirá los demás regímenes pensionales que aún subsisten, la figura de las cuotas partes pensionales también tiene vocación de desaparecer”.*

9 El artículo 3º del Decreto 111 del 15 de enero de 1996, *“Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”*, establece la cobertura del Estatuto, así:

*“Artículo 3º. Cobertura del Estatuto. Consta de dos (2) niveles: un primer nivel corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional.*

*El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.*

*Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga.*

*A las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, se les aplicarán las normas que expresamente las mencione (L. 38/89, art. 2º; L. 179/94, art. 1º)”.*

*“2. ¿Es procedente o no incluir en el pago de las cuotas partes pensionales a cargo del IDEMA, hoy Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el concepto del reajuste por salud previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993?”*

Sí. Es procedente incluir en el pago de las cuotas partes pensionales a cargo del IDEMA, hoy Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el concepto del reajuste por salud establecido por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el cual debe estar comprendido dentro de la mesada pensional, conforme lo dispone el artículo 42 del Decreto reglamentario 692 de 1994.

Lo expuesto en el párrafo precedente debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley 1753 de 2015, que como se ha dicho, no puede afectar derechos laborales adquiridos, y tiene exclusivamente propósitos contables.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural 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.



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

### **Radicado 2198**

Fecha: 19/11/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 14 de junio de 2016

La señora Ministra de Educación Nacional solicita concepto sobre la viabilidad de la designación de particulares vinculados mediante contratos de prestación de servicios profesionales, para realizar las actividades enunciadas en el artículo 51 de la Ley 30 de 1992 dentro de los procesos administrativos sancionatorios regulados por la misma Ley 30.

### **I. Antecedentes**

La consulta cita y explica los siguientes:

1. De acuerdo con el artículo 30, numerales 1 y 8 del Decreto 5012 de 2009<sup>1</sup>, la Subdirección de Inspección y Vigilancia de la Educación Superior<sup>2</sup> tiene las funciones de *“apoyar al Ministro en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior y ejecutar las acciones que sobre el particular le correspondan”* y de *“adelantar las investigaciones administrativas que se ordenen en cumplimiento de la suprema función de inspección y vigilancia del servicio público de la educación superior”*.

2. La Ley 30 de 1992<sup>3</sup> en el artículo 51 tiene previsto que cuando en una investigación se establezca que la institución de educación superior o su representante legal pudieren haber incurrido en alguna o algunas de las faltas administrativas tipificadas por la Ley 30 en cita, *“el investigador que designe el Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes)”*: (i) *formulará el pliego de cargos, con relación de los hechos y las pruebas, la cita de las disposiciones legales infringidas y el término para los descargos;* (ii) *practicará las pruebas solicitadas por el investigado y las que el mismo investigador decreta de oficio;* y (iii) *rendirá informe detallado al Ministro, al concluir la investigación, “...sugiriendo la clase de sanción que deba imponerse, o el archivo del expediente si es el caso”*.

3. Para el Ministerio no hay claridad en cuanto a *“... si podría designarse como investigador a un profesional, vinculado mediante contrato de prestación de servicios, considerando que la Ley 30 de 1992 no señala expresamente que debe tratarse de un funcionario de la planta de*

1 Decreto 5012 de 2009 (diciembre 28) *“por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional y se determinan las funciones de sus dependencias”*.

2 D. 5012/09, artículo 30. *“Subdirección de Inspección y Vigilancia. Son funciones de la Subdirección de Inspección y Vigilancia, las siguientes: 30.1. Apoyar al Ministro en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior y ejecutar las acciones que sobre el particular le correspondan. (...) 30.8. Adelantar las investigaciones administrativas que se ordenen en cumplimiento de la suprema función de inspección y vigilancia del servicio público de la educación superior. (...)”*

3 Ley 30 de 1992 (diciembre 28), *“por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”*. Cfr. Gaceta del Congreso 9, 41, 60, 159, 179 y 230 de 1992

*personal de este Ministerio, y en el artículo 51 indistintamente se hace referencia a ‘investigador’ y a ‘funcionario investigador’, como el destinatario de las acciones mediante las cuales se desarrolla la correspondiente investigación administrativa”.*

4. El estudio de cargas de trabajo presentado por la Subdirección de Desarrollo Organizacional en febrero de 2013, concluyó que la Subdirección de Inspección y Vigilancia de la Educación Superior contaba a esa fecha con 18 servidores y requería de 5 adicionales, cuatro de los cuales podrían “apoyar el tema de investigaciones”.

5. La sentencia C-681-03 señaló que *“las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos”; que “existen diversas formas de relación y por consiguiente diferentes categorías de funcionarios públicos”; y que la clasificación tradicional de empleados públicos y trabajadores oficiales proviene de la Ley 4ª de 1913 bajo un criterio organicista que se reiteró con el Decreto 3135 de 1968 y sigue vigente. Expresa la consulta que es pertinente considerar “cómo puede definirse la figura del funcionario público, entendido como la persona que desempeña un empleo público, como el trabajador que cumple funciones en un organismo del Estado”.*

Se formula entonces a la Sala la siguiente PREGUNTA:

“Frente a lo dispuesto expresamente en la Ley 30 de 1992, se presenta la inquietud de si podría designarse como investigador a los profesionales que apoyan el cumplimiento de las funciones de la Subdirección de Inspección y Vigilancia, los cuales se encuentran vinculados a esta entidad mediante contrato de prestación de servicios”.

## **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

### **A. Problema jurídico**

El artículo 51 de la Ley 30 de 1992 forma parte del proceso administrativo sancionatorio regulado por la misma Ley 30 de 1992 y por la Ley 1740 de 2014<sup>4</sup>, en relación con las instituciones de educación superior y sus representantes legales, rectores o directivos.

Dicho artículo 51 prevé que el Ministro de Educación Nacional designará un “investigador” o “funcionario investigador” para formular el pliego de cargos, practicar las pruebas y recomendar la pertinencia y clase de sanción o el archivo de las diligencias, cuando en el desarrollo de una investigación de las reguladas por las Leyes 30 y 1740 se establece que la institución de educación superior, sus representantes legales o directivos pueden estar incurriendo en conductas susceptibles de sanción.

De acuerdo con la inquietud de la señora Ministra de Educación Nacional, es necesario establecer si el concepto “funcionario” usado por el legislador, permite o no que las actuaciones enunciadas en la norma legal propias del proceso administrativo sancionatorio, sean asignadas a particulares vinculados al Ministerio por contratos de prestación de servicios profesionales.

<sup>4</sup> Ley 1740 de 2014 (diciembre 23) “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

Respecto del problema así planteado la Sala se referirá a (i) las competencias en materia de inspección y vigilancia de la educación superior, en el texto original de la Ley 30 de 1992, en la Ley 1740 de 2014 y en la actual organización del Sector Administrativo de la Educación Nacional; (ii) la potestad sancionatoria de la administración pública y la naturaleza de las actuaciones a las que se contrae el artículo 51 de la Ley 30; (iii) los conceptos de “funcionario” y de empleo público; y (iv) el objeto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

## B. Análisis de la Sala

### 1. Las competencias en materia de inspección y vigilancia de la educación superior

La Constitución Política, en el artículo 67 asigna al Estado las funciones de “regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación” y en el artículo 189, numeral 21, radica en el Presidente de la República la función de “Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley”. Sobre la función de inspección y vigilancia, la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup> tiene dicho que:

*“... no significa más que verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias o ámbitos jurídicos se ajuste a la ley, y es el legislador quien dicta las normas generales que sirven de fundamento jurídico para el ejercicio de dicho control... Lo que hace el Gobierno, cuando se trata de vigilar e inspeccionar, tiene que ver con la toma y adopción de medidas correctivas y coercitivas con el fin de lograr que unos determinados sujetos en una determinada materia cumplan la ley. (...).*

Y con referencia a la educación, la misma jurisprudencia<sup>6</sup> señala:

*“... a diferencia de lo que ocurría en la Constitución anterior, el gobierno, en el actual contexto constitucional, carece en esta materia de competencias de regulación autónomas y las que le atribuye el ordenamiento superior están siempre subordinadas a la ley. También es preciso anotar que, tal como se desprende del propio artículo 67 de la Constitución, una es la función de regular la educación y otra distinta, la de ejercer la inspección y vigilancia de la misma, y que esta última debe adelantarse de conformidad con la ley...”*

En desarrollo del marco constitucional en comento fue expedida la Ley 30 de 1992 para organizar la educación superior; en ella se reguló el ejercicio de la función presidencial de inspección y vigilancia conservando en el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), las competencias que para la época le correspondían respecto de ese nivel de educación.

La estructura institucional cambió de manera sustancial a partir de 2003. No obstante, el artículo 51 de la Ley 30 continúa vigente en cuanto prevé que el Ministro de Educación Nacional designa al “funcionario” o “funcionario investigador” encargado de formular los cargos, practicar las pruebas y rendir el informe de conclusiones y recomendaciones, dentro de la actuación administrativa sancionatoria.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-782-07 (septiembre 26), demanda contra el artículo 8º de la Ley 749 de 2002, sobre ofrecimiento y desarrollo de programas académicos de educación superior. Citas, sentencias C-199-01 y C-1093-03.

<sup>6</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-852-05 y C-782-07, entre otras.

Para su mejor comprensión estima la Sala necesario hacer una síntesis del contexto normativo institucional en el que ha operado y opera el reiterado artículo 51, eje central de la consulta.

### 1.1. La Ley 30 de 1992.

En cabeza del Ministro de Educación Nacional la Ley 30 fijó las funciones relativas al reconocimiento de las universidades, la aprobación de nuevas instituciones de educación superior, la autorización para ofrecer programas de postgrado y otorgar los respectivos títulos y la reglamentación de estos, con el concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) las tres primeras, y con su asesoría la última.<sup>7</sup>

El artículo 31<sup>8</sup> de la Ley 30 dispuso que las funciones de fomento, inspección y vigilancia sobre la enseñanza, asignadas al Presidente de la República en los artículos 67 y 189, numerales 21, 22 y 26, de la Constitución, se ejercerían “de acuerdo con” la misma Ley 30.

A la vez, el texto original del artículo 32<sup>9</sup> de la Ley 30 dispuso que la suprema inspección y vigilancia referida en el artículo 31 *ibídem*, se ejercería “indelegablemente”, con la excepción prevista en el artículo 33, el cual ordenó:

*“Artículo 33. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República podrá delegar en el Ministro de Educación Nacional todas las funciones señaladas en los artículos 31 y 32 de la presente Ley.*

*La suprema inspección y vigilancia de las instituciones de educación superior será ejercida por el Gobierno nacional con la inmediata asesoría del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y con la cooperación de las comunidades académicas, científicas y profesionales, de las entidades territoriales y de aquellas agencias del Estado para el desarrollo de la ciencia, de la tecnología, del arte y de la cultura”.*

Hace notar la Sala que en la norma legal transcrita no solo se facultó al Presidente de la República a delegar su función constitucional de inspección y vigilancia del servicio público educativo, en el Ministro de Educación Nacional, sino que consagró de manera explícita la intervención de los particulares en el ejercicio de esa función, como miembros del Consejo Asesor y de las comunidades científicas, académicas y profesionales.

7 L. 30/92, Cfr. Artículos 20, 22, 21 y 26.

8 L. 30/92, Título I, Capítulo VII. Artículo 31. *“De conformidad con los artículos 67 y 189 numerales 21, 22 y 26 de la Constitución Política de Colombia y de acuerdo con la presente ley, el fomento, la inspección y vigilancia de la enseñanza que corresponde al Presidente de la República estarán orientados a: Proteger las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; / Vigilar que se cumpla e impere plena e integralmente la garantía constitucional de la autonomía universitaria; / Garantizar el derecho de los particulares a fundar establecimientos de educación superior conforme a la ley; / Adoptar medidas para fortalecer la investigación en las instituciones de educación superior y ofrecer las condiciones especiales para su desarrollo; / Facilitar a las personas aptas el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, al arte y a los demás bienes de la cultura, así como los mecanismos financieros que lo hagan viable; / Crear incentivos para las personas e instituciones que desarrollen y fomenten la técnica, la ciencia, la tecnología, las humanidades, la filosofía y las artes; / Fomentar la producción del conocimiento y el acceso del país al dominio de la ciencia, la tecnología y la cultura; / Propender por la creación de mecanismos de evaluación de la calidad de los programas académicos de las instituciones de educación superior; / Fomentar el desarrollo del pensamiento científico y pedagógico en directivos y docentes de las instituciones de educación superior”.*

9 El artículo 32 de la Ley 30 de 1992 fue derogado por el artículo 25 de la Ley 1740 de 2014 (diciembre 23), *“por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.*

Vale decir que la Ley 30 consagra la participación de los particulares en las decisiones de las autoridades públicas responsables de la inspección y vigilancia de la educación superior. De manera que el desempeño de ciertas actividades por parte de contratistas, como la sustanciación de etapas procesales concretas dentro del proceso administrativo sancionatorio es una manifestación propia de una estructura funcional de cooperación que dicha ley promueve y que no pugna, sino al contrario, tiene fundamentos normativos y jurisprudenciales que la apuntalan.

Respecto de la delegación autorizada de manera excepcional y exclusiva en el inciso primero del transcrito artículo 33 de la Ley 30, el Decreto 0698 de 1993<sup>10</sup> la hizo efectiva en la Ministra de Educación Nacional y sobre las funciones previstas en los artículos 31 y 32 de la Ley 30, esto es, las funciones de fomento, inspección y vigilancia sobre la educación superior, ordenando su ejercicio “conforme a las disposiciones legales vigentes”.

La Ley 30, Título II, Capítulo IV, también se ocupó del régimen de sanciones aplicable a las instituciones de educación superior, sus directivos y rectores y reglamentó el procedimiento para su imposición y las competencias respectivas<sup>11</sup>. Así, los artículos 50 y 51 de la Ley 30 en examen dispusieron:

*“Artículo 50. El Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), podrá ordenar la apertura de investigación preliminar con el objeto de comprobar la existencia o comisión de los actos constitutivos de falta administrativa señalados en el artículo anterior.*

*Corresponde al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), llevar el registro de las sanciones impuestas y adoptar las medidas conducentes para que ellas se hagan efectivas”.*

*“Artículo 51. Cuando en el desarrollo de la investigación se establezca que una institución o su representante legal pudo incurrir en una de las faltas administrativas tipificadas en esta Ley, el investigador que designe el Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), le formulará mediante oficio que le será entregado personalmente, pliego de cargos que contendrá una relación de los hechos y de las pruebas, la cita de las disposiciones legales infringidas y los términos para que rinda descargos para lo cual dispondrá de un término de treinta (30) días.*

*Tanto la Institución de Educación Superior a través de su representante legal, como el investigado, tendrán derecho a conocer el expediente y sus pruebas; a que se practiquen pruebas aún durante la etapa preliminar; a ser representado por un apoderado y las demás que consagren la Constitución y las leyes. Rendidos los descargos se practicarán las pruebas solicitadas por la parte investigada o las que de oficio decreta el investigador. Concluida la investigación el funcionario investigador rendirá informe detallado al Ministro de Educación Nacional a través*

10 Decreto 0698 de 1993 (abril 14), “Por el cual se delega la inspección y vigilancia de la Educación Superior”. Artículo 1° “Delégase en la Ministra de Educación Nacional, las funciones de Inspección y Vigilancia que en relación con la Educación Superior, consagran los artículos 31 y 32 de la Ley 30 de 1992”. Artículo 2° “Para el ejercicio de la Inspección y Vigilancia a que se refiere el artículo anterior, la Ministra actuará conforme a las disposiciones legales vigentes”.

11 L. 30/92, Arts. 48 a 52.

*del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), según el caso, sugiriendo la clase de sanción que deba imponerse, o el archivo del expediente si es el caso”.*

*“Artículo 52. La acción y la sanción administrativa caducarán en el término de tres (3) años, contados a partir del último acto constitutivo de la falta”.*

Destaca la Sala que el legislador radicó en el Ministro de Educación Nacional la función sancionatoria sin modificar las funciones del Ministerio. Para esa época la estructura y las funciones del Ministerio de Educación Nacional no incluían asunto alguno relativo a la Educación Superior. Esta, de conformidad con los Decretos leyes 80 y 81 de 1980<sup>12</sup>, era un servicio público respecto del cual las funciones de inspección y vigilancia atribuidas al Gobierno nacional se ejercían *“con la inmediata colaboración del Icfes”*, que era el *“establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional, auxiliar del Gobierno para el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le corresponden con respecto a la educación superior”*, y tenía la competencia para adelantar los procesos disciplinarios e imponer sanciones.<sup>13</sup>

La Ley 30, entonces, radicó la competencia sancionatoria de manera exclusiva en el Ministro pero para su ejercicio ordenó el apoyo del Icfes en algunas etapas del proceso administrativo correspondiente, específicamente las relativas a la formulación de cargos, la práctica de pruebas y el informe final con la recomendación sustentada de la decisión.

La misma Ley 30 ordenó la reestructuración del Icfes, para lo cual se expidió el decreto ley 1211 de 1993, que lo definió como el establecimiento público *“auxiliar del Gobierno nacional para el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le corresponden con respecto a la Educación Superior”*; el artículo 26 del mismo Decreto 1211 ordenó que las investigaciones que para entonces adelantaba el Icfes, continuarían hasta su culminación a cargo del Ministro de Educación Nacional *“con la colaboración del Icfes”*<sup>14</sup>.

Más adelante, el Decreto 2662 de 1999, modificatorio de la estructura del Icfes, le asignó la función de *“Colaborar con el Ministro de Educación en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior y ejecutar las acciones que sobre el particular le correspondan, conforme a la ley”*.<sup>15</sup>

## **1.2. La Educación Superior en el Ministerio de Educación Nacional**

A partir del año 2000 los sucesivos decretos de modificación de la estructura del Ministerio de Educación Nacional incorporaron la Educación Superior en forma paulatina. En síntesis:

- 
- 12 Decreto Ley 80 de 1980, (Enero 22) *“Por el cual se organiza el sistema de educación postsecundaria”*; Decreto ley 81 de 1980, (enero 22) *“por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior”*.
- 13 Cfr. Decreto Ley 80 de 1980, (Título VI, De la Inspección y Vigilancia, artículos 182 y ss.; y Decreto ley 81 de 1980, artículo 1°: *“El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes) es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional, auxiliar del Gobierno para el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le corresponden con respecto a la educación superior”*; y Decreto 1227 de 1989 (junio 3) *“Por el cual se dictan normas sobre la facultad de inspección y vigilancia en las instituciones de educación superior”*.
- 14 Decreto ley 1211 de 1993 (Junio 28) *“Por el cual se reestructura el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), y se expide su estatuto básico”*. Cfr. Arts. 1°, 2°, 3°; y artículo 26, *“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31, 32 y 33 de la Ley 30 de 1992, los procesos de inspección y vigilancia del Decreto 1227 de 1989, que en la actualidad adelanta el Icfes, continuarán hasta su culminación a cargo del Ministro de Educación Nacional con la colaboración del Icfes, y se regularán por ese decreto, la Ley 30 de 1992 y las normas que la reglamenten”*.
- 15 Decreto 2662 de 1999 (diciembre 24) *“Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes, y se dictan otras disposiciones”*. Cfr. Art. 2°, numeral 7.

El Decreto 088 de 2000<sup>16</sup> creó como dependencia del Despacho del Ministro la Dirección de Educación Superior y el artículo 22 le asignó entre otras funciones la de: *“14. Coordinar el ejercicio de las funciones de Inspección y Vigilancia sobre las instituciones de educación superior, que competen al Icfes y al Ministerio de Educación Nacional”*.

El Decreto 1413 de 2001<sup>17</sup>, artículo 7°, reiteró como función del Ministro de Educación Nacional la de *“5. Decidir sobre los asuntos relacionados con la Educación Superior, sus instituciones, y ejercer la inspección y vigilancia sobre las mismas, en concordancia con las normas que regulan la Educación Superior”*.

La Dirección de Educación Superior continuó dependiendo del Despacho del Ministro, y en el artículo 20, del citado Decreto 1413, se le asignaron funciones de apoyo al Ministro en el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia y de coordinación en la elaboración de los proyectos de actos administrativos de competencia del Ministro que se produjeran en desarrollo de las investigaciones a las instituciones de educación superior.

El Decreto 2230 de 2003<sup>18</sup>, creó el Despacho del Viceministro de Educación Superior al cual adscribió las Direcciones de Calidad de la Educación Superior y de Apoyo y Seguimiento de la Educación Superior, y en esta última incluyó la Subdirección de Vigilancia Administrativa, que de acuerdo con el artículo 29, tenía, entre otras, las siguientes funciones:

*“29.1 Apoyar al Ministro en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior y ejecutar las acciones que sobre el particular le correspondan. (...)”*

*29.3 Elaborar los actos administrativos de regulación, monitoreo e inspección y vigilancia de la educación superior. (...)”*

*29.7 Adelantar las investigaciones administrativas que se ordenen, contra las instituciones de educación superior y sus directivos, en ejercicio de la supervisión sobre la calidad de la instrucción, el manejo ordenado de la actividad institucional y la observancia de las directrices de la política de la educación superior.*

*29.8 Proponer las medidas correctivas a las instituciones de educación superior cuando a ello hubiere lugar. (...)”*

*29.10 Registrar las sanciones impuestas y sugerir las medidas conducentes para que se hagan efectivas.*

*29.11 Velar por que las instituciones de educación superior cumplan con sus estatutos y reglamentos y por que estos estén de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. (...)”*

16 Decreto 088 de 2000 (febrero 2) *“por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional y se dictan otras disposiciones”*. Cfr.- Arts. 5, 7, 21 y 22.

17 Decreto 1413 de 2001 (julio 16), *“por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional y se dictan otras disposiciones”*. Cfr. Arts. 4°, 5°, 7°, 19, 20.

18 Decreto 2230 de 2003 (agosto 8), *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional, y se dictan otras disposiciones”*. Cfr. Arts. 5°, 6°, 23, 29.

Vale decir que a partir del Decreto 2230 de 2003 la Educación Superior se incorpora con un espacio específico de alto rango en las labores del Ministerio de Educación Nacional, y por consiguiente allí se instalan las funciones de inspección, vigilancia y control, para las cuales se adoptaron estructura, planta de personal y funciones específicas.

Advierte la Sala que, acorde con la voluntad del legislador expresada en la Ley 30 de 1992, la competencia decisoria en los asuntos sancionatorios siguió radicada en cabeza del Ministro.

Con modificaciones en los nombres de las dependencias, los Decretos 4675 de 2006, artículos 6 y 27<sup>19</sup>, 1306 de 2009<sup>20</sup>, artículos 6 y 29; y 5012 de 2009<sup>21</sup>, artículos 6 y 30, reiteraron la función del Ministro de decidir sobre los asuntos de la Educación Superior y ejercer la inspección y vigilancia, y conservaron la estructura del Despacho del Viceministro de Educación Superior y la Subdirección encargada de apoyar el ejercicio de la función del Ministro y adelantar las investigaciones, esto es, desarrollar los procedimientos.

El Decreto 5012 de 2009, vigente, en el artículo 30 asigna a la Subdirección de Inspección y Vigilancia, las funciones de:

*“...30.1. Apoyar al Ministro en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior y ejecutar las acciones que sobre el particular le correspondan.*

*... 30.8. Adelantar las investigaciones administrativas que se ordenen en cumplimiento de la suprema función de inspección y vigilancia del servicio público de la educación superior. ...”.*

Por último, la Resolución n.º 03335 de 2015, que contiene el Manual Específico de Funciones y Competencias de los Empleos de la Planta de Personal del Ministerio de Educación Nacional<sup>22</sup>, establece las siguientes para el empleo de Subdirector de la Subdirección de Inspección y Vigilancia:

*“... 2. Ejercer la función de inspección y vigilancia de la Educación Superior, ejecutando las acciones que sobre el particular le correspondan.*

*... 5. Vigilar el cumplimiento de las normas legales y estatutarias que rigen a las instituciones de Educación Superior, a sus representantes legales, rectores y directivos.*

*... 8. Adelantar las investigaciones administrativas que se ordenen en cumplimiento de la suprema función de inspección y vigilancia del servicio público de la Educación Superior.*

19 Decreto 4675 de 2006 (diciembre 28) “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional, y se dictan otras disposiciones”. Cfr. Arts. 5º, 6º, 27.

20 Decreto 1306 de 2009 (abril 17), “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional, y se determinan las funciones de sus dependencias”. Cfr. Arts. 5º, 6º, 26, 29.

21 Decreto 5012 de 2009 (28 de diciembre) “por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación Nacional, y se determinan las funciones de sus dependencias”. Cfr. Arts. 5º, 6º, 27 y 30. / Modificado parcialmente por el Decreto 854 de 2011.

22 Ministerio de Educación Nacional, Resolución n.º 3335 de 2015 (marzo 16), “Por la cual se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Ministerio de Educación Nacional” / II. ÁREA FUNCIONAL SUBDIRECCIÓN DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA III- PROPÓSITO PRINCIPAL Definir estrategias para formular y evaluar las políticas, y modelos orientados al desarrollo de los procesos de inspección y vigilancia de la Educación Superior, ejecutando las acciones que sean de su competencia.



...10. Registrar las sanciones impuestas, realizando las acciones conducentes para que las mismas se hagan efectivas...”

### 1.3. La transformación del Icfes

Basta destacar que el Decreto 2232 de 2003<sup>23</sup>, expedido en paralelo con el Decreto 2230 atrás comentado, redefinió el objeto del Icfes como “*la evaluación del sistema educativo colombiano en todos sus niveles y modalidades*” y, con relación a la educación superior le conservó las funciones de fomento; en el artículo 21<sup>24</sup> este Decreto 2232 ordenó al Icfes entregar al Ministerio de Educación Nacional todos los archivos relacionados con las funciones que asumía dicho ministerio. Luego la Ley 1324 de 2009<sup>25</sup> culminó el proceso de transformación del Icfes como organismo evaluador de la educación.

### 1.4. La Ley 1740 de 2014<sup>26</sup>

Con la finalidad de “establecer las normas de la inspección y vigilancia de la educación superior en Colombia”, la Ley 1740 definió las mencionadas funciones, precisó sus objetivos, estableció medidas para la protección del servicio público de educación superior, y reguló las sanciones; en el artículo 25 derogó expresamente los artículos 32, 38, 49 y 50 de la Ley 30 de 1992, y eliminó la referencia al Icfes en los incisos primero y cuarto del artículo 51 de la misma Ley 30.

Hace notar la Sala que la Ley 1740 asignó al Ministerio de Educación Nacional las facultades de inspección y vigilancia que en la Ley 30 se reconocían en el Presidente de la República y se autorizaba delegar exclusivamente en el Ministro de Educación Nacional.

Sin perjuicio de la extensión de las competencias administrativas sancionatorias al Ministerio como órgano, es lo cierto que en materia de investigaciones la Ley 1740 dejó en el Ministro las facultades de ordenar la apertura de investigaciones preliminares<sup>27</sup> y de designar el “investigador” o el “funcionario investigador”.

Sobre la apertura de las investigaciones preliminares, el artículo 25 de la Ley 1740 derogó expresamente el artículo 50 de la Ley 30, que se refería a dicha competencia. No obstante, el artículo 20 de la Ley 1740 reiteró el contenido de la norma derogada:

- 
- 23 Decreto 2232 de 2003 (agosto 8), “por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), y se dictan otras disposiciones”. Artículo 2º. “Objeto. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), tiene como objeto fundamental la evaluación del sistema educativo colombiano en todos sus niveles y modalidades y propender a la calidad de dicho sistema a través de la implementación de programas y proyectos de fomento de la educación superior, de acuerdo con las políticas trazadas por el Ministerio de Educación Nacional”.
- 24 D. 2232/03, artículo 21. “Entrega de archivos. Los archivos relacionados con las funciones que cumple el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), y que cumplirá el Ministerio de Educación Nacional, serán entregados por el Icfes de conformidad con las normas establecidas por el Archivo General de la Nación”.
- 25 Ley 1324 de 2009 (13 de julio) “por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el Icfes”.
- 26 Ley 1740 de 2014 (diciembre 23) “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.
- 27 L. 1740/14, Artículo 20. “INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. El Ministro de Educación Nacional podrá ordenar la apertura de investigación preliminar con el objeto de comprobar la existencia o comisión de los actos constitutivos de falta administrativa señalados en esta ley”.

“Artículo 20. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. El Ministro de Educación Nacional podrá ordenar la apertura de investigación preliminar con el objeto de comprobar la existencia o comisión de los actos constitutivos de falta administrativa señalados en esta ley”.

Asimismo, la Ley 1740 en sus artículos 17 y 18 prevé la aplicación de las sanciones por parte del Ministerio con aplicación del procedimiento contenido en la Ley 30, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. SANCIONES. El Ministerio de Educación Nacional podrá imponer las siguientes sanciones administrativas, previa observancia del debido proceso señalado por la Ley 30 de 1992, especialmente en sus artículos 51 y 52, así como en esta ley (...)”<sup>28</sup>.

### 1.5. Síntesis

La comprensión del contenido y el alcance del artículo 51 de la Ley 30 de 1992 está mediada por las disposiciones legales y reglamentarias que han (i) fijado la estructura orgánica e interna del sector de la educación en el nivel de la educación superior y (ii) regulado el ejercicio de la función de inspección y vigilancia sobre la educación superior. A modo de resumen, la Sala destaca:

a) De conformidad con los Decretos Leyes 80 y 81 de 1980, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes), era el establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional, definido como el “auxiliar del Gobierno” para el ejercicio de las funciones constitucionales relativas a la Educación Superior, incluida la de inspección y vigilancia, con la facultad de abrir, adelantar y decidir los procesos de investigación e imponer sanciones. La estructura y las funciones del Ministerio no incluían a la educación superior.

b) La Ley 30 de 1992 dispuso que la función del Presidente de la República de ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación superior sería delegable exclusivamente en el Ministro de Educación; y le asignó la competencia para decidir la apertura y el fallo de las investigaciones que considerara necesarias. En el artículo 51, objeto de la consulta, reiteró el apoyo del Icfes para el ejercicio de las nuevas competencias asignadas al Ministro, pero ordenó que el investigador encargado de las etapas fundamentales del proceso sancionatorio fuera designado por el mismo Ministro.

28 L. 1740/14, artículo 17. “SANCIONES. El Ministerio de Educación Nacional podrá imponer las siguientes sanciones administrativas, previa observancia del debido proceso señalado por la Ley 30 de 1992, especialmente en sus artículos 51 y 52, así como en esta ley:

1. A los directivos, representantes legales, consejeros, administradores, revisores fiscales, o cualquier persona que ejerza la administración y/o el control de la institución de educación superior, que sean investigados:

1.1. Amonestación privada.

1.2. Amonestación pública.

1.3. Multas personales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.4. Suspensión en el ejercicio del respectivo cargo, hasta por un término de dos (2) años

1.5. Separación del cargo.

1.6. Inhabilidad de hasta diez (10) años para ejercer cargos o contratar con Instituciones de Educación Superior.

2. A las instituciones de educación superior investigadas:

2.1. Multas institucionales de hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Suspensión de programas académicos, registros calificados, o nuevas admisiones, hasta por el término de dos (2) años.

2.3. Cancelación de programas académicos o de registros calificados.

2.4. Suspensión de la personería jurídica de la institución.

2.5. Cancelación de la personería jurídica de la institución.

PARÁGRAFO 1°. Las sanciones establecidas en los numerales 1.1., 1.2, 1.3, 1.4, 1.5 y 1.6 del presente artículo, serán impuestas por el Ministerio, previo concepto del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), mediante resolución motivada, una vez adelantado y concluido el correspondiente proceso administrativo, con observancia de la plenitud de sus propias formas.

PARÁGRAFO 2°. El Ministerio de Educación Nacional llevará el registro de las sanciones impuestas y adoptará las medidas conducentes para que ellas se hagan efectivas”.

c) A partir de la reestructuración del sector administrativo de la educación, contenida en el Decreto 088 de 2000, el nivel de la educación superior comenzó a formar parte de la estructura del Ministerio de Educación Nacional y en el año 2003 se incorporó de manera definitiva.

El Ministro continuó siendo el titular de la función de inspección y vigilancia pero el apoyo para el ejercicio de la misma fue encomendado directamente a una de las Subdirecciones del Viceministerio de Educación Superior. El artículo 51 de la Ley 30 continuó vigente, de manera que el Ministro designaría a personal de la dependencia encargada de prestar dicha función de apoyo, para adelantar las etapas que el mencionado artículo relaciona.

d) El Decreto 5012 de 2009, que regula la actual estructura y funciones del Ministerio, asignó a la Subdirección de Inspección y Vigilancia dependiente del Viceministerio de Educación Superior, las funciones de “apoyar al Ministro en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior...” y “adelantar las investigaciones administrativas que se ordenen...” en ejercicio de dicha función. Se advierte que ni el despacho del Viceministro ni la Dirección de Calidad para la Educación Superior, tienen funciones relativas a la mencionada función.

e) En la Ley 1740 de 2014, el titular de la función de inspección y vigilancia es el Ministerio y no el Ministro. Pero las decisiones sobre apertura y fallo de las investigaciones siguen siendo de su competencia. También continúa como función de la Subdirección de Inspección y Vigilancia, la de “adelantar las investigaciones administrativas” que el Ministro ordene. Sin embargo, esta misma función está asignada al Subdirector de la mencionada Subdirección en el Manual Específico de funciones adoptado en la Resolución n.º 03335 de 2015.

f) La función así descrita de “adelantar las investigaciones administrativas”, incorpora necesariamente las etapas de formulación de cargos, práctica de pruebas y el informe evaluativo, propias de todo proceso sancionatorio y en particular incorporadas al regulado por la Ley 1740 de 2003 para la educación superior.

De manera que conforme a las disposiciones que regulan la organización y las funciones de las dependencias del Ministerio, las mencionadas etapas forman parte de las funciones y competencias asignadas al Subdirector de la Subdirección de Inspección y Vigilancia.

Significa entonces que la designación del funcionario investigador para adelantar las mencionadas etapas ya no procede respecto de cada investigación, como lo preveía el artículo 51 de la Ley 30 dado el contexto normativo e institucional bajo el cual fue expedida dicha norma.

La realidad jurídica es que el Ministro ejerció la facultad conferida por el artículo en comentario, y lo hizo de manera general al actuar como Gobierno en la determinación de la estructura y funciones del Ministerio y como Ministro en la aprobación del Manual Específico de Funciones y Competencias. Por supuesto que el Subdirector y la Subdirección desarrollan sus responsabilidades y funciones con una planta de personal, que puede requerir la contratación de profesionales. Establecer si esta contratación puede tener como objeto el desarrollo de las etapas procesales a que se refiere el artículo 51 de la Ley 30 de 1992, requiere el examen de los temas que siguen.

## 2. Las funciones de inspección y vigilancia, la potestad sancionatoria y la naturaleza de las actuaciones a las que se contrae el artículo 51 de la Ley 30

Como se mencionó al inicio del punto anterior, las funciones de inspección y vigilancia se expresan a través del ejercicio de controles orientados a que la conducta de los vigilados se ajuste al ordenamiento especial y general que los regula, e incluyen las facultades de imponer sanciones o medidas correctivas.

Se configura, entonces, la potestad sancionatoria de las autoridades que ejercen función administrativa, respecto de la cual la jurisprudencia constitucional vigente ha estructurado su definición, fines, y principios, a los que se hace referencia breve a continuación:

“(...) a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no solo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas”<sup>29</sup>.

*“La potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos (...)”*<sup>30</sup>.

*“... esa actividad sancionadora se encuentra sujeta a “(...) los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), (...)”*<sup>31</sup>, a los cuales se suman los propios “(...) **de aplicación del sistema sancionador**, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias– (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta)<sup>32</sup>, de proporcionalidad o el denominado *non bis in ídem*”<sup>33</sup>.

Con relación a la competencia y al procedimiento, de manera general la jurisprudencia constitucional tiene dicho:

29 Sentencia C-818 de 2005.

30 Sentencia C-214 de 1994.

31 Sentencia C-948 de 2002.

32 (Cita de la Sentencia C-948-02) Ver Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo. Tomo I Marcial Pons, Madrid 1996. Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II “La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional”. Arandazi. Madrid. 1996.

33 Sentencia C-948 de 2002.

*“... La competencia ha sido comúnmente concebida como la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.).*

*Conforme al artículo 29 de la Constitución, elemento integrante del debido proceso penal lo constituye la institución del juez o tribunal competente que debe efectuar la investigación y el juzgamiento, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En consecuencia, corresponde al legislador determinar los funcionarios judiciales a quienes se les encomienda el ejercicio de la función jurisdiccional y los asuntos que son de su conocimiento, con arreglo a los diferentes factores de competencia.*

*Cosa diferente, que igualmente es competencia del legislador, es el señalamiento de los procedimientos o trámites que deben seguirse para realizar dicha investigación y juzgamiento; es decir, la configuración de las etapas procesales conforme a las cuales se estructura y garantiza el debido proceso. (...)”<sup>34</sup>.*

*“Todo proceso es un conjunto reglado de actos que deben cumplirse en determinados momentos y acatando un orden que garantice su continuidad, “al punto que un acto no resulta posible si no se ha superado la oportunidad en que debe ejecutarse otro anterior, y así sucesivamente, pero una vez clausurada cada etapa se sigue inexorablemente la siguiente, aunque se hayan omitido las actividades señaladas para esa ocasión. Desde este punto de vista, el proceso es un sistema de ordenación del tiempo dentro del cual los diferentes sujetos procesales deben cumplir las actividades requeridas por la ley, las cuales constituyen actos preparatorios para la resolución de las pretensiones de las partes, a través de la sentencia”<sup>35</sup>.*

Pues bien, conforme se enunció atrás, en lo atinente al servicio público educativo, los artículos 67 y 189, numeral 21, constitucionales, el Presidente de la República es el titular de las funciones de inspección y vigilancia, que incluyen la potestad sancionatoria; y las leyes que las regulan, 30 de 1992 y 1740 de 2014, contienen el procedimiento especial que se realiza por etapas las cuales, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 30 de 1992 y las previsiones más extensas de la Ley 1740, corresponden a:

- apertura de la investigación preliminar;
- designación del funcionario investigador
- formulación del pliego de cargos
- práctica de pruebas
- informe evaluativo
- decisión.

---

<sup>34</sup> Sentencia C-040-97.

<sup>35</sup> Sentencias C-012-02 y T-546-95.

De esas etapas, la formulación de cargos, la práctica de pruebas y el informe evaluativo son las que, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 30, el Ministro asigna al “funcionario” o “funcionario investigador” que lo apoyaría en el ejercicio de la función sancionatoria.

Dichas actuaciones son indispensables para garantizar los derechos de los investigados y para sustentar la decisión del Ministro y se expresan en actos administrativos preparatorios, de trámite, no definitivos, que contienen apreciaciones, afirmaciones, valoraciones, sobre las conductas objeto de la investigación, y que aunque no expresan la voluntad decisoria de la administración que defina o modifique situaciones jurídicas concretas o derechos de los investigados, sí tocan directamente con el derecho fundamental al debido proceso.

Como ya se analizó, en la estructura actual del Ministerio son parte de las actividades propias de las funciones de (i) apoyo al Ministro en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior, y de (ii) adelanto de las investigaciones administrativas que se ordenen, y que el Decreto 5012 de 2009 (artículo 30, numerales 30.1 y 30.8) fija en la Subdirección de Inspección y Vigilancia. En razón de lo anterior, es pertinente el análisis que sigue sobre los conceptos de funcionario, empleo público y contratación de servicios profesionales.

### **3. Los conceptos de “funcionario” y empleo público**

El término “funcionario” se encuentra en la legislación colombiana como una de las clases de servidores que prestan sus servicios en la Rama Judicial. En la Rama Ejecutiva dicho término no está definido en la ley. Su uso, tanto en la normatividad como en la jurisprudencia, pareciera ser la manera genérica de enunciar una forma de relación con el Estado a través de la cual se nombra a quien ejerce funciones públicas o realiza actividades de las entidades públicas.

La jurisprudencia constitucional en sede de tutela se refirió a la ambigüedad del término y su carencia de definición legal, a propósito de una acción instaurada contra la decisión de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación que anuló la elección del Gobernador del Tolima para el período 2004-2007 porque el hermano era trabajador oficial y se desempeñaba como Director Operativo de la Empresa Minercol Ltda., con jurisdicción en el mismo departamento. Dijo la Corte Constitucional en la Sentencia T-167-06:

*El actor imputa a la sentencia del Consejo de Estado un defecto sustantivo, el cual, supuestamente, se constituyó al equiparar el término funcionario contenido en la causal de inhabilidad en cuestión al de servidor público. Con esto, agrega el solicitante, se desconoció la jurisprudencia de esa Corporación y de la Corte Constitucional sobre las inhabilidades y, además, se vulneraron sus derechos a la igualdad, a ser elegido y a acceder al desempeño de cargos públicos.*

... considera la Sala que en su providencia la Sección Quinta del Consejo de Estado no incurrió en un protuberante error sustantivo al considerar que el término funcionario contenido en el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 comprendía tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales.

En efecto, contrario a lo alegado por el accionante en la solicitud de tutela, de las normas constitucionales no se infiere que el Constituyente haya asignado una definición al término funcionario o que dentro de la clasificación de los servidores públicos haya catalogado a

aquel como una especie de este último género. Como lo expuso esta Corporación en la sentencia C-484 de 1995<sup>[26]</sup>, la Constitución de 1991, recogiendo los antecedentes legislativos y no de modo exhaustivo, clasificó a los servidores públicos del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios en (i) miembros de las corporaciones públicas; (ii) empleados públicos; y (iii) trabajadores oficiales, asignándole a cada una de estas categorías ciertas características como la vinculación legal y reglamentaria y el régimen de carrera en el caso de los empleados públicos y la posibilidad de establecer un régimen de prestaciones sociales mínimas en el caso de los trabajadores oficiales (artículos 122, 125 y 150, numeral 19, literal f).

Es más, tal es la indeterminación de la Constitución en lo que a este punto se refiere, que en la misma providencia la Corte acepta que en la Constitución no “se encuentra una noción bien definida de servidor público”, así como tampoco “se incluye precepto alguno que defina, desde ese nivel jerárquico y en detalle, los elementos normativos específicos o los criterios jurídicos precisos y concretos que sirvan para elaborar, directamente y con propósitos exhaustivos y prácticos, las nociones legales o reglamentarias de empleado público y trabajador oficial, como servidores públicos vinculados a los cuadros de la administración”.

Ahora bien, contrario sensu de lo que sostuvo el Consejo de Estado en una sentencia del 5 de octubre de 2001<sup>[27]</sup>, invocada por el actor para apoyar sus pretensiones, considera la Corte que en el campo legal no es claro que el término funcionario sea exclusivamente sinónimo de empleado público. Veamos: Aunque el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, ofrece una noción de empleo público y define al empleado “o funcionario” como “la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo”, la legislación subsiguiente consagrada en los Decretos 1042 de 1978 y 2503 de 1998 amplía la definición de empleo público, pero no hace la asimilación que pretende el accionante. Además, a diferencia de los dos primeros decretos mencionados, se advierte que el Código de Régimen Político y Municipal<sup>[28]</sup> adoptaba un criterio funcional para distinguir dentro de la misma categoría de empleados públicos a los Magistrados, aquellos que ejercen jurisdicción y autoridad, de los “simples funcionarios públicos”, que son aquellos que no tienen dichas potestades. Esta situación de indefinición respecto del término funcionario es una constante en la regulación laboral relacionada con los servidores públicos, como puede observarse, por ejemplo, de la lectura de los Decretos 3130 de 1968, 1848 de 1969, 1950 de 1973, 1222 y 1333 de 1986 y las Leyes 443, 489 y 490 de 1998 y 909 de 2004.

En estas circunstancias, como quiera que la Constitución no define de manera expresa el término funcionario y la Ley no lo hace de manera clara sino de modo ambiguo y por sectores, sin que exista una única definición, ni se establecen criterios orgánicos o funcionales claros y precisos que permitan asimilarlo o diferenciarlo de los conceptos empleado público o trabajador oficial, resulta razonable acudir al sentido natural y obvio de la palabra funcionario a efectos de precisar dicho término. Así, es válido entonces concluir que “Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos”<sup>[29]</sup>; o en otras palabras, todo órgano del Estado tiene asignada una función delimitada por sus competencias y la persona que a nombre del Estado realiza la función se denomina, genéricamente, funcionario. (...)

Se tiene entonces que la jurisprudencia constitucional concluyó en la necesidad de acudir a la regla de interpretación de las leyes contenida en el artículo 28 del Código Civil, conforme a la cual:

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

Y con base en dicha regla, distinguí el “funcionario público” que ejerce “función pública” y tiene una relación laboral con el Estado y el “funcionario”, como término genérico que refiere a la persona que a nombre del Estado realiza la función, sin identificar el vínculo que los une.

La definición circunscrita al “empleo público”, no es en sí misma restrictiva para efectos de la contratación de servicios profesionales con personas naturales, como se explicará en el punto siguiente, para lo cual previamente debe recordarse la definición de “empleo público” contenida en la Ley 909 de 2004<sup>36</sup>:

*“Artículo 19. El empleo público.*

*1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.*

A su vez, en el artículo 1°, incisos segundo y tercero, la Ley 909 en cita define la función pública y los empleos que hacen parte de ella, así:

“Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales”.

<sup>36</sup> Ley 909 de 2004 (septiembre 23) “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.



Baste agregar que de acuerdo con el artículo 17<sup>37</sup> de la Ley 909 en comento, los organismos y entidades deben elaborar y actualizar anualmente planes y plantas de empleos, de manera que cuenten con los empleos necesarios para atender sus competencias de manera eficiente. La mención de los requerimientos y exigencias de la Ley 909 de 2004 en materia de plantas de personal y de empleos públicos, deja en evidencia su armonía con las condiciones bajo las cuales las entidades estatales pueden contratar servicios personales, como regla general.

#### **4. El ejercicio de la función administrativa por los particulares y los contratos de prestación de servicios profesionales**

En la Constitución de 1991, se incluyeron disposiciones que sustentan la posibilidad del ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios públicos por los particulares, bajo los condicionamientos que exija la ley. La función administrativa es parte de la función pública y se caracteriza tradicionalmente como de ejecución de las leyes. Su ejercicio por los particulares está previsto tanto en la regulación de la organización y funcionamiento de la rama ejecutiva, como en la regulación de la actividad contractual del Estado. La Sala tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en concepto del 4 de noviembre de 2004, radicación 2004-01592-01<sup>38</sup>:

##### *A. El contrato de prestación de Servicios.*

*La celebración de un contrato de prestación de servicios por parte de la entidad estatal con un abogado, consistente en el estudio de títulos y documentos de propiedad raíz, para que con base en ellos, se elaboren las minutas de escrituras públicas de compraventa o hipoteca o la rendición de conceptos sobre los mismos y los problemas jurídicos que plantean, así como su posible solución, no constituye un ejercicio de funciones administrativas por particulares. Es un claro contrato de prestación de servicios regido por la Ley 80 de 1993 en su artículo 32.3, definido así:*

*“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.*

*“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.*

*Como puede advertirse, el legislador se ocupó, en este caso, de definir los elementos esenciales del contrato caracterizado por su bilateralidad, independencia y autonomía del contratista,*

37 L. 909/04, Artículo 17. “Planes y plantas de empleos. / 1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance: / a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias; / b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el periodo anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación; / c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado. / 2. Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano”.

38 Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 11001-03-06-000-2004-01592-01

*excepcionalidad y temporalidad y, particularmente su contenido prestacional, consistente en una obligación de hacer<sup>39</sup> mediante la cual la entidad estatal obtiene la colaboración de terceros para el cumplimiento de tareas “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, pero no para el cumplimiento propiamente dicho de funciones administrativas por particulares. La Sala hace notar que la prestación en especie a cargo del contratista particular, es recibida directamente por la administración; utilizando el lenguaje del contrato de suministro, la administración es el consumidor del servicio.*

*En el caso objeto de esta consulta, se observa que los contratos no tienen por objeto el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, pues no se deriva de ellos el ejercicio de poderes inherentes al Estado o prerrogativas propias de la autoridad, como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional:*

*“Esta distinción es muy importante en cuanto determina el alcance de la prohibición contenida en la regla de derecho demandada pues, como lo precisó la Corte en la Sentencia C-037-03, ‘ha de tenerse en cuenta el caso de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público’. Esto por cuanto ‘El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares’, en tanto que ‘La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan en general ejercicio de la autoridad inherente del Estado’. De ahí que ‘Solamente en el caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública’”<sup>40</sup>....*

### *C El ejercicio de funciones administrativas por particulares.*

*El ejercicio de funciones administrativas por un particular hace parte de la llamada descentralización por colaboración, de acuerdo con lo establecido por el inciso primero del artículo 210 de la Constitución y los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998, e implica el ejercicio de potestades públicas a favor de terceros (usuarios de los servicios). Utilizando nuevamente la*

39 Mediante sentencia C- 154 de 1997, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de este artículo, en la cual al analizar las características del contrato, expresó: “La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada”.

40 Sentencia C – 094/03 de la Corte Constitucional mediante la cual declaró la exequibilidad del artículo 48.29 de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”. Allí también se afirma: “b. Que el objeto del contrato sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas. Debe tenerse en cuenta que los contratos de prestación de servicios, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tienen por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. En cambio, la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48, numeral 29, de la Ley 734 se tipifica por suscribir irregularmente contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas. De esto se infiere que, de acuerdo con el tenor literal del tipo, la falta disciplinaria se comete en un ámbito más limitado que el inherente a los contratos de prestación de servicios pues mientras estos giran en torno a actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, remitiendo, por lo tanto, al amplio espectro del servicio público; los contratos que generan la falta no son los que se relacionan con tales actividades sino únicamente los que tienen por objeto el cumplimiento de funciones públicas o administrativas. (...) De este modo, el marco de configuración de la falta disciplinaria que ocupa la atención de la Corte no está determinado por todo el ámbito de los contratos de prestación de servicios sino únicamente por aquellos cuyo objeto involucre el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, es decir, ejercicio de potestad pública o autoridad estatal. Además, estos contratos deben sujetarse a las condiciones fijadas por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de funciones administrativas por particulares pues a través de ese tipo de actos no se puede llegar a desplazar la organización permanente de la administración pública. De allí que, entre otras cosas, se deba tener en cuenta el contenido de los artículos 123 y 210 superiores, de acuerdo con los cuales “La Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” y “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”. De igual manera, se deben tener en cuenta tanto la Ley 489 de 1998, cuyo capítulo XVI regula el cumplimiento de funciones públicas por particulares, como la jurisprudencia sentada por esta Corporación fundamentalmente en las Sentencias C-702-99, C-866-99 y C-037-03”.

*terminología del contrato de suministro, el consumidor de tales servicios son terceros al contrato, llámense usuarios del servicio, administrados, etc. Este contrato (que a juicio de la Sala es un tipo especial de concesión) se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular.*

*El procedimiento que se debe seguir está regulado por la Ley 489 de 1998, para lo cual se debe expedir por parte de la entidad, un acto administrativo que determine las funciones específicas, las condiciones y término de su ejercicio, las calidades, requisitos y garantías que deben presentar las personas naturales o jurídicas privadas que aspiren a desarrollarlas, su remuneración, y celebrar luego un convenio con el particular, seleccionado mediante un procedimiento de convocatoria pública.*

*La entidad pública transfiere algunas de sus funciones por un tiempo determinado, al particular, el cual asume la responsabilidad consiguiente y las debe desarrollar autónomamente, de acuerdo con la normatividad aplicable a la actividad de que se trate, y con sujeción a los controles de esta ejercidos por parte de los organismos competentes, y los de la entidad otorgante.*

Las diferencias analizadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre las formas y regulaciones bajo las cuales los particulares se vinculan a la administración pública para apoyarla en el ejercicio de sus funciones o para asumir la prestación de las mismas, se identifican y explican en el mismo sentido en la reciente jurisprudencia de la Sección Tercera, unificadora en materia de contratos de prestación de servicios. Recuérdese que el contrato de prestación de servicios es uno de los contratos estatales que a título enunciativo define la Ley 80 de 1993<sup>41</sup> en el artículo 32, numeral 3:

*“Artículo 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)*

### *3°. Contrato de Prestación de Servicios.*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable<sup>42</sup>.*

De acuerdo con la norma transcrita, estos contratos pueden celebrarse con personas naturales solo si (i) no es suficiente el personal de planta o (ii) se trata de conocimientos especializados.

41 Ley 80 de 1993 (Octubre 28) “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

42 La sentencia C-154-97 (marzo 19), declaró exequibles las expresiones “no puedan realizarse con personal de planta” y “En ningún caso [estos contratos] generan relación laboral ni prestaciones sociales”, condicionadas a entenderlas bajo la salvedad de que “se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”.

Ambas exigencias suponen que la contratación de este tipo de servicios busca complementar y apoyar la actividad de una dependencia y de los servidores públicos a ella adscritos, en aras de la realización de los fines estatales y los principios que rigen la función pública y que, además, es armónica y coherente con la administración del personal de las entidades estatales regulada por la Ley 909 de 2004.

Por lo mismo, el objeto del contrato puede incluir actividades misionales y de apoyo, pues precisamente se trata de suplir necesidades de personal, mientras se definen los ajustes a la planta de personal que anualmente deben proyectarse, conforme a la citada Ley 909. En esa perspectiva, la jurisprudencia de la Sección Tercera, Subsección C, contiene elementos de especial interés y pertinencia.

Sentencia de unificación, diciembre 2 de 2013<sup>43</sup>:

*“... 93.- Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales “...para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No 3 de la Ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas. (...) 94. En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales. (...) 95.- El contrato de prestación de servicios resulta ser ante todo un contrato vital para la gestión y el funcionamiento de las entidades estatales porque suple las deficiencias de estas. (...) Ahora bien, (...) se encuentra que el asunto ya fue objeto de decantación jurisprudencial por el Consejo de Estado al pronunciarse a propósito de la legalidad del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, ejercicio del que surgió el precedente vinculante de esta Corporación, según el cual, tanto los contratos que tienen por objeto la “prestación de servicios profesionales” como los que versan o asumen en su objeto el “apoyo a la gestión”, son componentes específicos del género “prestación de servicios” regulado en el artículo 32 n.º 3º de la Ley 80 de 1993 (...)...d) **El contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales.***

*100. En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de “prestación de servicios profesionales” todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, refor-*

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de diciembre de 2013, Rad. n.º 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719).

zar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado. (...)

**e) El contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.**

102. Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de “apoyo a la gestión” todos aquellos otros contratos de “prestación de servicios” que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas. (...)

Asimismo en la sentencia del 16 de marzo de 2015<sup>44</sup>, refiriéndose específicamente a un objeto contractual referente a la revisión, liquidación, reliquidación y cobro del impuesto de industria y comercio, la Sección Tercera, Subsección C, repasó la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo:

Inició con la sentencia del 22 de septiembre de 2004<sup>45</sup> en la cual la Sección Cuarta argumentó la imposibilidad de “contratar con terceros las labores de fiscalización y determinación de los tributos ni siquiera para la actividad preparatoria de os actos que se profieran dentro de estas actuaciones...”. Luego citó la sentencia del 17 de mayo de 2007, de la Sección Tercera, en la cual se afirmó que “... puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del procesos y la proyección de documentos, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la Ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución. (...)”

Siguiendo la posición jurisprudencial, la vinculación de particulares a la administración pública mediante el contrato de prestación de servicios permite atender las necesidades de personal y también contar con conocimientos especializados que para un asunto determinado puedan requerir la gestión administrativa o el funcionamiento de la entidad estatal.

Sobre los límites al objeto de esta contratación valga citar un pronunciamiento anterior de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación en el proceso con radicación número: 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP):

*“Una limitante debe ser subrayada por la Sala: no todas las funciones pueden ser atribuidas a los particulares, como quiera que, las normas constitucionales y legales no otorgan un*

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 16 de marzo de 2015, Rad. n.° 25000 23 26 000 2000 01134 01 (27872).

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 22 de septiembre de 2004, Rad. n.° 13255.

*cheque en blanco a las autoridades administrativas, las cuales deberán tener en cuenta que algunas competencias no pueden ser objeto de atribución por expresa prohibición del ordenamiento jurídico por considerarse exclusivas y excluyentes<sup>46</sup>. Por tanto, las funciones que en principio pueden ser confiadas son aquellas de naturaleza estrictamente administrativa y no las de contenido político, gubernamental, legislativo o jurisdiccional<sup>47</sup>. Sin embargo, una segunda restricción debe colocarse de presente, no toda función administrativa puede ser objeto de atribución, pues al abarcar esta multiplicidad de competencias y tareas, algunas de ellas son una manifestación directa de la soberanía estatal como ocurre, por ejemplo, con la potestad sancionadora, y solo pueden ser objeto de atribución cuando así lo señala de manera expresa el legislador<sup>48</sup>.*

*De la misma forma, la atribución de una función administrativa no puede implicar nunca un vaciamiento de la competencia de los funcionarios de la entidad depositaria de la misma, dado que, en el ordenamiento jurídico colombiano no se pretende un desplazamiento o un remplazo total, simplemente se trata de la implementación de un mecanismo encaminado a que el particular coadyuve en la materialización de los intereses públicos<sup>49</sup>. Por esta razón dos características saltan a la vista: la excepcionalidad y la temporalidad de la atribución. En otros términos, la regla general está dada por una gestión directa de las competencias administrativas, de forma tal que el encargo de las mismas a personas naturales y jurídicas no pueden comprender la totalidad de las funciones confiadas a una entidad u organismo administrativo, así como tampoco puede implicar un traspaso definitivo o permanente”*

Bajo la línea jurisprudencial citada, entiende la Sala que la contratación de profesionales para apoyar a la Subdirección de Inspección y Vigilancia de la Educación Superior es viable, pero no como instrumento para la aplicación del artículo 51 de la Ley 30 de 1992, como se concluye a continuación.

## **Conclusiones**

1. En la normatividad vigente- Leyes 30 de 1992 y 1740 de 2014 -, el Ministerio de Educación Nacional es la autoridad administrativa competente para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control que la Constitución Política asigna al Estado (artículo 67) en cabeza del Presidente de la República (artículo 189, numeral 21) y que deben ser ejercidas conforme a la ley.

2. A su vez, es el Ministro quien decide sobre la apertura de las investigaciones preliminares y sobre la imposición de sanciones. Esta conclusión se fundamenta en que si bien la Ley 1740 señala que es función del Ministerio la de “imponer las sanciones” (artículos 17 y 18), el Decreto 5209 asigna al Despacho del Ministro las decisiones de abrir investigación e imponer sanciones, y a la Subdirección de Inspección y Vigilancia, la de adelantar la investigación:

Artículo 6º, Decreto 5209, Funciones del Despacho del Ministro:

46 Nota: Las citas 47 a 50, son de la Sentencia de la Sección Tercera: Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999 *Ibidem*.

47 Consejo de Estado. Sentencia de agosto 30 de 2006. *Ob. cit.*

48 *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia SU-1010 de octubre 6 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

49 Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999. *Ob. cit.*

“6.5. Decidir sobre los asuntos relacionados con la Educación Superior, sus instituciones, y ejercer la inspección y vigilancia sobre las mismas, en concordancia con las normas que regulan la Educación Superior”.

Artículo 30. Subdirección de Inspección y Vigilancia. Son funciones de la Subdirección de Inspección y Vigilancia, las siguientes:

30.1. Apoyar al Ministro en el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación superior y ejecutar las acciones que sobre el particular le correspondan. (...)

30.8. Adelantar las investigaciones administrativas que se ordenen en cumplimiento de la suprema función de inspección y vigilancia del servicio público de la educación superior.

El Manual Específico de Funciones y Competencias, por su parte, radica en el Subdirector de la Subdirección de Inspección y Vigilancia la función de adelantar las investigaciones que se ordenen.

3. Las etapas del procedimiento sancionatorio, tanto en la Ley 30 como en la Ley 1740, que se refieren a la formulación del pliego de cargos, la práctica de pruebas y el informe evaluativo, dentro del marco legal y reglamentario hoy vigente, esto es, la citada Ley 1740 y el Decreto 5209, son de competencia de la Subdirección de Inspección y Vigilancia y del subdirector de la misma Subdirección por cuanto corresponden a etapas de las investigaciones disciplinarias y, en consecuencia, son parte de la función de adelantar dichas investigaciones asignada tanto a la dependencia como a su subdirector.

4. En criterio de la Sala, con la asignación de la función se hizo la designación del funcionario investigador para todas las investigaciones disciplinarias, como lógica consecuencia de la reorganización institucional del sector de educación referida específicamente a la educación superior.

5. En ese orden de ideas resulta innecesaria la designación por el Ministro de un investigador para cada proceso. Pero si lo hiciera bajo la consideración de que el artículo 51 de la Ley 30 continúa vigente en su sentido original como efecto de su expresa incorporación a los procedimientos regulados por la Ley 1740, deberá recaer en el Subdirector de la Subdirección de Inspección y Vigilancia o en un servidor público de dicha Subdirección porque se trata de atender etapas de las investigaciones que están asignadas al empleo y a la dependencia.

6. Es claro también para la Sala que la Subdirección de Inspección y Vigilancia, al igual que puede ocurrir con las demás dependencias del Ministerio y con la administración pública en general, puede necesitar reforzar su planta de personal porque resulte insuficiente o porque carezca de conocimientos especializados exigidos para el cabal desarrollo de la función de investigación que le compete a la dependencia. Es decir, pueden configurarse las condiciones bajo las cuales procede la contratación de profesionales mediante contratos de prestación de servicios sujetos al artículo 32 de la Ley 80 de 1992, en armonía con la Ley 909 de 2004.

En estas circunstancias, es jurídicamente posible que el objeto del contrato atienda o apoye las actuaciones y decisiones que integran las etapas de formulación de cargos, práctica

de pruebas y evaluación y recomendaciones. Pero dicho objeto, las obligaciones del contratista y el modo de cumplirlos, deberán estructurarse teniendo en cuenta de manera clara y expresa que son apoyo a la función del Subdirector y de la Subdirección y no ejercicio de la mencionada función por parte del contratista.

### **LA SALA RESPONDE:**

*“Frente a lo dispuesto expresamente en la Ley 30 de 1992, se presenta la inquietud de si podría designarse como investigador a los profesionales que apoyan el cumplimiento de las funciones de la Subdirección de Inspección y Vigilancia, los cuales se encuentran vinculados a esta entidad mediante contrato de prestación de servicios”.*

En el entendido de que por disposición del Decreto 5012 de 2009 que establece la estructura y funciones del Ministerio de Educación Nacional, y la Resolución n.º 3335 de 2015 que adoptó el Manual de Funciones y Competencias Específicas, la Subdirección de Inspección y Vigilancia y el Subdirector de la misma tienen la función de adelantar las investigaciones administrativas que el señor Ministro ordene, la contratación de profesionales mediante contrato de prestación de servicios es procedente como apoyo a la dependencia y al funcionario señalados, en los términos y por las razones que se dejan expuestos.

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

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



8. Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para convocar a concursos públicos de méritos.

### **Radicado 2307**

Fecha: 19/08/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 25 de agosto de 2016

El Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a esta Sala sobre la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para convocar autónomamente concursos públicos de méritos y ejercer funciones de cobro coactivo para recuperar los costos que las entidades deben asumir por la realización de dichos procesos de selección.

## **I. Antecedentes**

Según el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. De acuerdo con el artículo 130 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo responsable de la administración de la carrera administrativa de los servidores públicos.

2. En virtud de lo anterior, la Ley 909 de 2004 establece que la Comisión Nacional del Servicio Civil se encuentra encargada de fijar los lineamientos generales de los concursos públicos de méritos, elaborar las convocatorias, adelantar los procedimientos de selección y realizar las demás actividades orientadas a ese fin.

3. Sin perjuicio de lo anterior, el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 establece que la convocatoria a los concursos públicos de méritos deberá estar suscrita por la CNSC y la entidad cuyos cargos van a proveerse, lo que implica un deber de coordinación entre ellas. En el caso particular de la entidad que requiere proveer sus cargos, su participación es necesaria por razones de planeación y presupuestales, pues a ella le corresponde asumir una parte de los costos del proceso de selección.

4. Para efectos de lo anterior, tradicionalmente se suscribía un convenio entre la CNSC y la entidad cuyos cargos debían proveerse, lo que permitía cumplir con los deberes de planeación y apropiar los recursos necesarios para el proceso de selección.

5. Actualmente la CNSC ha entendido que puede realizar directamente la convocatoria a los concursos públicos de méritos con la sola certificación de Oferta Pública de Empleos expedida por la entidad, la cual contiene la relación de los cargos de carrea vacantes que deben ser provistos a través de concurso. De este modo “la CNSC ha convocado a concurso empleos vacantes de las entidades sin que la convocatoria haya sido suscrita por el jefe del organismo, tal como establece la ley, con base únicamente en la oferta pública de empleos, sin que exista una planeación previa con la entidad y sin que esta cuente con las apropiaciones presupuestales correspondientes”.

6. De otra parte, en cuanto a los costos de los procesos de selección, en principio la ley ordena que se cubran con las tasas que se cobran a los participantes, cuyo recaudo corresponde a la CNSC; lo no cubierto con esos recaudos le corresponde asumirlo a la entidad que requiere proveer los empleos, para lo cual debe cumplir los principios de legalidad del presupuesto y gasto público, particularmente en el sentido de hacer las apropiaciones presupuestales necesarias y contar con los respectivos certificados de disponibilidad presupuestal antes de iniciar el respectivo proceso de selección.

En este orden “se considera que no sería procedente que la CNSC convoque a concurso en forma unilateral, los empleos de carrera vacantes en las plantas de personal de las entidades públicas, sin que para el efecto existan las apropiaciones presupuestales respectivas y el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal para ordenar el gasto y, en razón de ello, efectuar el registro presupuestal respectivo”. Preocupa especialmente al organismo consultante que esa actuación –la convocatoria unilateral al concurso por parte de la CNSC sin que previamente se hayan hecho las correspondientes apropiaciones presupuestales que demanda el proceso de selección– comporte para las entidades públicas beneficiarias de los concursos “una violación del principio de legalidad del presupuesto” y constituya “un hecho cumplido originado en la decisión de un tercero, cuyo pago está expresamente prohibido en la ley”.

7. Resalta la consulta que si bien las entidades están obligadas a sufragar los costos de los procesos de selección en los términos establecidos en el artículo 9° de la Ley 1033 de 2006, “la obligación debe generarse como consecuencia de procesos de selección convocados por la CNSC en los términos de la Ley 909 de 2004, es decir, con una convocatoria suscrita conjuntamente con el jefe de la respectiva entidad y siempre y cuando se cuente con los recursos apropiados para la vigencia fiscal correspondiente”.

8. Finalmente, el organismo consultante señala que la CNSC está expidiendo actos administrativos en los que declara obligaciones económicas a cargo de las entidades por razón de los costos asociados a los procesos de selección y, con base en ellos, adelanta procesos de cobro coactivo, lo cual, a su juicio, no tiene un fundamento normativo claro. Con base en lo anterior, SE PREGUNTA:

“1. *¿La Comisión Nacional del Servicio Civil puede convocar a concurso los empleos de carrera vacantes de las entidades públicas regidas por la Ley 909 de 2004, sin que estas hayan tenido participación en las etapas de planeación de los concursos y sin que la convocatoria esté suscrita por el jefe del respectivo organismo o entidad?*”

2. *¿La certificación expedida por el jefe del organismo, respecto de la oferta pública de empleos, con fundamento en la cual la CNSC hoy convoca a concurso, suple la suscripción de la convocatoria a que se refiere el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004?*”

3. *¿La Comisión Nacional del Servicio Civil puede convocar a concurso los empleos de las entidades sin que exista en sus presupuestos la apropiación presupuestal que garantiza los recursos para sufragar los gastos que conlleva el proceso de selección?*”

4. *¿En virtud del artículo 9° de la Ley 1033 de 2006, la Comisión Nacional del Servicio Civil puede crear a cargo de las entidades obligaciones para cuyo cumplimiento no exista la de-*

*vida apropiación presupuestal, derivadas de los procesos de selección en cuya planeación y convocatoria no participó la entidad y ejecutarlas coactivamente para lograr el pago de estas obligaciones?”*

## **PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:**

### **1. Planteamiento del problema jurídico**

De acuerdo con los antecedentes que se acaban de presentar, los diferentes problemas planteados por el organismo consultante se refieren al alcance de las competencias de las Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) en materia de convocatorias a concursos públicos de méritos, en particular en lo referente a la posibilidad de que las mismas sean hechas unilateralmente por ese organismo, sin la participación de la entidad que requiere proveer los cargos de carrera administrativa (pregunta 1), en cuyo caso se consulta además si la certificación de Oferta Pública de Empleos expedida por cada entidad es documento suficiente para abrir tales convocatorias (pregunta 2). Derivado de lo anterior surge entonces la inquietud de hasta dónde la CNSC es competente para ordenar unilateralmente que las entidades hagan las apropiaciones presupuestales que requieren los procesos de selección y para cobrar coactivamente dichas sumas, aún si no estaban presupuestadas (preguntas 3 y 4).

Para la resolución de estos problemas la Sala se referirá previamente a tres temas centrales que plantea la consulta: (i) la competencia administrativa como expresión del principio constitucional de legalidad; (ii) el principio de planeación y legalidad del gasto y su importancia para el adecuado funcionamiento del Estado; y (iii) el concurso público de méritos como elemento definitorio del carácter participativo de la Constitución Política.

Con base en lo anterior se revisarán de manera detallada las diferentes competencias previstas en la Constitución y en la ley en materia de concurso público de méritos y se resolverán los interrogantes que presenta el organismo consultante.

### **2. La competencia administrativa como expresión del principio de legalidad**

Uno de los elementos definitorios del Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1º) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2º).

Esta declaración de principios a favor del respeto por la legalidad se refleja directamente en varias otras disposiciones constitucionales según las cuales (i) los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación de funciones (artículo 6º); (ii) ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley (artículo 121); y (iii) no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento. Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“4.1.1. La definición de Colombia como un Estado de Derecho implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que despliegan los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación. Ese punto de partida del principio de legalidad encuentra reflejo o concreción (i) en el artículo 121 de la Constitución conforme al cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, (ii) en el artículo 122 que establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, (iii) en el segundo inciso del artículo 123 de la Constitución que establece que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y (iv) en el artículo 230 al prever que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

(...) Según lo anterior, no es admisible que el cumplimiento de funciones públicas por parte de las autoridades carezca de una regulación que oriente y discipline las actividades que con tal propósito se emprendan”<sup>1</sup>.

De este modo, el principio constitucional de legalidad exige que la actuación de las diferentes autoridades públicas tenga una cobertura normativa suficiente o, lo que es lo mismo, esté basada en una norma habilitante de competencia, que confiera el poder suficiente para adoptar una determinada decisión<sup>2</sup>. Como señala García de Enterría<sup>3</sup>, en virtud del principio de legalidad el ordenamiento jurídico “otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites”, de modo que “habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos”.

Igualmente, el principio de legalidad lleva implícita la noción de jerarquía normativa y de actuación, según el cual (i) las normas de superior jerarquía prevalecen sobre las de inferior jerarquía; (ii) la validez de las normas de inferior jerarquía depende del respeto de las normas de las cuales se derivan; y (iii) en cualquier caso las normas de inferior jerarquía deben interpretarse y aplicarse de la forma que mejor permitan el cumplimiento de las normas superiores<sup>4</sup>.

Además, cuando se trata de un procedimiento administrativo orientado a definir la situación jurídica de una persona (o de una entidad pública cuando es sujeto pasivo de la potestad pública de otra), la exigencia constitucional de competencia se relaciona directamente con el debido proceso, por cuanto «la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos»<sup>5</sup>.

1 Sentencia C-414 de 2012. Ver también Sentencia C-355 de 2008: “Así, el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una parte, la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (*government of laws, not of men*), esto es, “un sistema de gobierno que rechace las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales” (...), y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley”.

2 Ver por ejemplo conceptos 2276 de 2015 y 2223 de 2015.

3 García de Enterría Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I, Civitas, 2014, p. 485.

4 Ver Sentencias C-513 de 1994 y C-037 de 2000.

5 Corte Constitucional. T-1082 de 2012.

Así entonces, cuando una autoridad actúa sin competencia se produce un defecto orgánico en la actuación, en tanto que “la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas solo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen”<sup>6</sup>.

Precisamente, al no ser la competencia un elemento accidental o superfluo de los actos administrativos, su inobservancia afecta la validez de la decisión y en ese sentido constituye causal de nulidad de los actos administrativos (artículo 137 CPACA).

Por tanto, para resolver el asunto consultado será necesario tener en cuenta que la competencia administrativa debe ser expresa y suficiente en sus diferentes componentes –funcional, territorial y temporal<sup>7</sup>–, que las autoridades no pueden autoatribuírsela<sup>8</sup> y que tampoco les será lícito asumir aquella que corresponda a otra entidad<sup>9</sup>. Como se ha visto, una decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad<sup>10</sup> y permite activar los mecanismos existentes para su expulsión del ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

### **3. El principio de legalidad del gasto y su importancia en la organización y funcionamiento del Estado**

El principio de legalidad del gasto también tiene rango constitucional (artículos 150-11 y 345 C. P.). Además de estar estrechamente relacionado con el principio general de legalidad que acaba de revisarse, también tiene fundamento en el carácter democrático de la Carta (no hay representación sin gasto) y en las necesidades de organización estatal y de racionalización de los recursos públicos, que por su naturaleza resultan escasos para la satisfacción de la multiplicidad de tareas públicas<sup>12</sup>.

6 Corte Constitucional. T-929 de 2008. Ver también Sentencia T-076 de 2011 “13.1. Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carece absolutamente de competencia para expedirlo. Se trata, por ende, de una situación extrema, en donde resulta irrazonable sostener que dicha autoridad estaba investida de la facultad de adoptar la decisión correspondiente”.

7 “La falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)” (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de junio de 2008, exp. 2000-2814).

8 Concepto 2223 de 2015.

9 Sentencia T-302 de 2011: “En este sentido, el defecto orgánico se produciría, por ejemplo, si la autoridad” (i) *carecía absolutamente de competencia para conocer y definir el asunto, esto es, desconoce su competencia*, (ii) *asume una competencia que no le corresponde, así como* (iii) *adelanta alguna actuación o emite un pronunciamiento por fuera de los términos dispuestos jurídicamente para que se surta cierta actuación*” (Se resalta). Ver también Sentencia T-296 de 2013 y SU-413 de 2015.

10 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 12 de noviembre de 2015, expediente 2008-00569.

11 Sentencia C-869 de 1999: “La acción de nulidad, de larga tradición legislativa (Ley 130 de 1913) y jurisprudencial en nuestro medio, tiene como finalidad específica la de servir de instrumento en nuestro medio, para pretender o buscar la invalidez de un acto administrativo, proveniente de cualquiera de las ramas del poder público, por estimarse contrario a la norma superior de derecho a la cual debe estar sujeto. A través de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa”.

12 Sentencia C-747 de 2011: “3.2. El presupuesto , mecanismo de racionalización de la actividad estatal, se encuentra indefectiblemente supeditado a una serie de principios, directrices y condicionamientos establecidos tanto por la Constitución como por la ley orgánica, cuya aplicación garantiza una adecuada y legítima política presupuestal, de tal manera que la estimación anticipada de ingresos y autorización de gastos, al momento de su elaboración y ejecución, sea el resultado de una política macroeconómica y de la planificación del desarrollo buscado para la realización de los objetivos del Estado Social de Derecho”.

Sobre el carácter democrático de este principio y su importancia para la legitimidad de las actuaciones públicas y el buen funcionamiento del Estado, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“5.1. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad del gasto “[...] no es otra cosa que la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública en general”. Se busca concretamente, claridad y orden en materia del gasto, a través del control democrático. La decisión sobre el gasto en un estado social de derecho es compleja y no depende de un solo momento, una sola autoridad o una sola decisión. No obstante, el principio de legalidad del gasto exige que todo gasto cuente con un sustento democrático. El Congreso, foro de representación democrática plural por excelencia, debe participar en el manejo del gasto; no puede darse este sin contar, entre otros requisitos, con la aprobación de aquel (...)

Así como el principio de la legalidad del gasto puede ser visto como “la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública en general”, también puede ser visto como la contrapartida del principio de legalidad de los tributos. De forma análoga a como todas las personas ejercen su ciudadanía y participan a través del sistema de representación democrática en la decisión sobre qué impuestos y en qué montos se han de pagar, participan en la decisión sobre qué gastos y en qué montos se han de hacer. En otras palabras, al grito de los revolucionarios estadounidenses ‘no hay impuestos sin representación’, se puede sumar su contrapartida: ‘no hay gastos sin representación’<sup>13</sup>.

De manera particular, el principio de legalidad del gasto se deriva de los artículos 150-11, según el cual corresponde al Congreso “establecer las rentas nacionales y los gastos de la administración”, y 345 de la Constitución Política que señala:

“Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 346 de la Constitución establece que “en la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior”; y el artículo 347 ibídem, indica que “el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva”.

13 Sentencia C-006 de 2012. Ver también Sentencia C-506 de 2009, que con base en Sentencia C-685 de 1996, señala: “El principio de legalidad del gasto constituye uno de los fundamentos más importantes de las democracias constitucionales. Según tal principio, corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático y de la forma republicana del Gobierno (C. P. artículo 1º). En el constitucionalismo colombiano, la legalidad del gasto opera en dos momentos diferenciados, pues en general las erogaciones no solo deben ser previamente decretadas por la ley (C. P. artículo 346) sino que, además, deben ser apropiadas por la ley del presupuesto (C. P. artículo 345) para poder ser efectivamente realizadas”.

Todo lo anterior significa que las entidades públicas deben (i) planificar sus gastos para que sean incluidos en el presupuesto del año siguiente; y (ii) sujetarse en cada vigencia a los presupuestos que finalmente hayan sido aprobados por el Congreso de la República. Así aparece desarrollado en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, que al configurar los principios del Sistema Presupuestal establece lo siguiente (se resalta):

“Artículo 12. Principios del sistema presupuestal son: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeostasis.

Artículo 13. Planificación. El Presupuesto General de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del Plan Nacional de Desarrollo, del Plan Nacional de Inversiones, del Plan Financiero y del Plan Operativo Anual de Inversiones.

Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.

Artículo 15. Universalidad. El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto.

Artículo 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación”.

Es claro entonces, para los efectos de esta consulta, que las entidades no pueden, después del 31 de diciembre, asumir compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra; que deben sujetarse al presupuesto aprobado (el cual debe contener la totalidad de los gastos públicos de la vigencia fiscal respectiva); y que no podrán efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto.

Ahora bien, el artículo 38 del mismo Estatuto Orgánico de Presupuesto establece cuáles son las apropiaciones que pueden incluirse en el presupuesto de gastos, para ser ejecutadas el año fiscal siguiente:

“Artículo 38. En el Presupuesto de Gastos solo se podrán incluir apropiaciones que correspondan:

- a) A créditos judicialmente reconocidos;
- b) A gastos decretados conforme a la ley;

c) Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y

d) A las leyes que organizan la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública”.

Como se observa, dentro de estas apropiaciones se encuentran los gastos decretados conforme a la ley, como son en el caso analizado, los necesarios para cumplir con el deber constitucional de provisión de cargos por el sistema de concurso público de méritos, los cuales deben ser incluidos tanto en los anteproyectos de presupuesto elaborados por cada entidad, como en el proyecto de presupuesto que consolida el Gobierno nacional, según se verá más adelante.

Todo lo anterior, es concordante con lo establecido en el artículo 71 *ibidem* para la ejecución de los presupuestos aprobados, en el sentido de que: (i) todo acto administrativo que afecte las apropiaciones aprobadas<sup>14</sup> debe contar previamente con un certificado de disponibilidad presupuestal que garantice suficientemente la atención del gasto; (ii) ninguna autoridad podrá “contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible...”; y (iii) cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos “creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones”.

De este modo, como pone de presente el organismo consultante, no sería viable abrir concursos públicos de méritos sin que previamente se hayan presupuestado los gastos que tales procedimientos demandan. Aunque, como también se verá, resulta igualmente imposible entender desde el punto de vista de los artículos 125 y 130 de la Constitución, que para las entidades y para el propio Gobierno nacional al elaborar el proyecto de presupuesto, sea potestativo o discrecional incluir las apropiaciones necesarias para cumplir con el deber de proveer sus cargos de carrera administrativa mediante concurso.

La importancia del concurso público de méritos para la realización del principio de mérito en el marco de la Constitución Política

De manera reciente esta Sala ha tenido la oportunidad de referirse a la importancia que la Constitución Política de 1991 le da al concurso público de méritos como mecanismo principal y preferente para la vinculación al Estado de los servidores públicos<sup>15</sup>, conforme se deriva de las tres reglas expresas que a ese respecto establece el artículo 125 de la Constitución Política, a saber:

14 “Artículo 89. Las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación, son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva...”.

15 Ver Conceptos 2261, 2274 y 2276 de 2015 y 2283 de 2016.



(i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones constitucionales y legales expresas;

(ii) los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público; y

(iii) el ingreso a los cargos de carrera (aplicación de las reglas generales 1 y 2) se determina por los méritos y calidades de los aspirantes.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Constitución no solo favorece sino que ordena que la selección de los empleos públicos de carrera administrativa (que a su vez constituye la regla general de vinculación al Estado), se realice a través de un mecanismo de selección-concurso público de méritos- basado en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mérito<sup>16</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013, al referirse a la elección de personeros mediante concurso público de méritos, señaló:

*“(...) En consonancia con los postulados de la democracia participativa, el concurso público de méritos materializa la intervención ciudadana en distintos sentidos: de un lado, porque cualquier persona que cumpla los requisitos y condiciones para ejercer el cargo de personero, puede tomar parte en el respectivo proceso de selección; esta apertura no es propia ni característica de las dinámicas informales en las que discrecionalmente los concejos conforman su repertorio de candidatos. Y de otro lado, porque como se trata de un procedimiento público y altamente formalizado, cualquier persona puede hacer el seguimiento respectivo, y detectar, informar y controvertir las eventuales irregularidades. En definitiva, la publicidad, transparencia y formalización del proceso incentivan la participación ciudadana. Se trata de un proceso democrático, no en tanto se delega en los representantes de la ciudadanía la conducción política, sino en tanto la ciudadanía interviene activamente y controla la actividad estatal.*

*Además, el concurso es coherente con los postulados de la democracia sustancial, pues las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso. La garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y la finalidad de la actividad estatal”<sup>17</sup>.*

Incluso, dada su importancia en el sistema de valores y principios constitucionales, la jurisprudencia ha indicado que el concurso público de méritos forma parte de los elementos definitorios (insustituibles) de nuestro sistema jurídico, al punto que la Constitución misma no puede ser reformada para evadir su aplicación:

16 Concepto 2274 de 2015. Ley 909 de 2004. “Artículo 2”. Principios de la función Pública. 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley (...).” Igualmente artículo 28 ibídem, sobre los principios que orientan el ingreso a la carrera administrativa: mérito, libre concurrencia, publicidad, transparencia, especialización, imparcialidad, confiabilidad, eficacia y eficiencia”.

17 Sentencia C-105 de 2013. Sobre la función que cumple el concurso público de méritos en la Constitución Política pueden verse también las Sentencias C-588 de 2009 y T-808 de 2007.

“Desplazado el mérito, es obvio que también queda desplazado el concurso público que solo tiene sentido cuando se trata de evaluar el mérito y las distintas calidades de los eventuales aspirantes. Expresamente el artículo demandado señala que la inscripción extraordinaria en carrera administrativa opera “sin necesidad de concurso público” y, de otra parte, suspende “todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo”.

Cabe destacar, entonces, que, una vez más, se establece una excepción a una regla general, puesto que el concurso público, en tanto componente esencial del sistema de carrera administrativa tiene, en la concepción del Constituyente de 1991, el carácter de regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado”<sup>18</sup>.

Por estas razones la Sala ya ha indicado que, como el objetivo de los concursos públicos de méritos es la búsqueda de las personas más capacitadas e idóneas para el ejercicio del cargo ofrecido<sup>19</sup>, lo cual se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación en el ejercicio y conformación del poder público, dicho sistema de provisión de empleos “es el procedimiento aplicable en todos aquellos casos en que la ley, excepcionalmente, no haya previsto una forma diferente de vinculación al empleo público (artículo 125 C. P.)”<sup>20</sup>.

Es importante reiterar entonces para efectos de esta consulta, que la regla de provisión de empleos de carrera mediante concurso público de méritos del artículo 125 de la Constitución Política es imperativa para todas las entidades estatales y que solo la Constitución y la ley pueden establecer excepciones a ella. Por tal razón, su uso no es potestativo sino obligatorio para las entidades estatales y, por lo mismo, resultan contrarias a la Constitución las prácticas o interpretaciones que permitan eludir su aplicación o faciliten su aplazamiento indefinido<sup>21</sup>.

Por tanto, para dar cumplimiento a los deberes que se derivan del principio de legalidad presupuestal, cada entidad tiene el deber de iniciar con suficiente antelación las labores de planeación con la CNSC para la realización del concurso público de méritos, así como las tareas internas de apropiación presupuestal, de manera que se garantice la realización oportuna del concurso público de méritos y la provisión de los cargos de carrera administrativa en la forma indicada en la Constitución y la ley.

18 Sentencia C-588 de 2009. Ver también Sentencia T-808 de 2007.

19 Sentencia C-319 de 2010: “Desde esta perspectiva, la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen, entonces, instrumentos técnicos de administración de personal y mecanismos de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”.

20 Sentencia C-319 de 2010: “Esta Corporación ha sostenido que, en virtud del artículo 125 Superior, la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos”. Igualmente Concepto 2261 de 2015: “La Sala observa entonces que un análisis sistemático de la Constitución Política permite afirmar que la regla general es la utilización del concurso público de méritos para todos los casos en que la propia Constitución o la ley lo establecen expresamente (artículo 125)”.

21 Ver por ejemplo, Concepto 2283 de 2016 sobre la provisión del cargo de personero de Bogotá por concurso público de méritos.

Esto comporta entonces, a la luz del Estatuto Orgánico de Presupuesto, un verdadero y expreso deber de inclusión de las partidas presupuestales que permitan atender los concursos públicos de méritos, el cual opera frente a los anteproyectos de presupuesto preparados por cada entidad, así como en relación con el proyecto de presupuesto que consolida el Gobierno nacional y aprueba el Congreso de la República, a quienes también se extienden las obligaciones derivadas del artículo 125 de la Constitución Política.

Por tanto, el margen de apreciación para decidir qué gastos de los anteproyectos de las entidades serán incluidos en el proyecto de presupuesto que se someterá a aprobación del Congreso de la República (artículo 74<sup>22</sup> del Estatuto Orgánico de Presupuesto), se encuentra fuertemente restringido en el caso consultado, por el carácter imperativo de las reglas de provisión de empleos contenidas en el artículo 125 de la Constitución Política. En consecuencia, salvo una razón realmente imperiosa de atención inaplazable de otros gastos constitucionalmente necesarios, ni el Gobierno nacional ni el Congreso de la República podrán eliminar del proyecto de presupuesto los recursos requeridos por las entidades y la CNSC para la realización de los concursos públicos de méritos. Por el contrario, estarán obligados a priorizarlos.

Al respecto, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 17 de la Ley 909 de 2004 que obliga a las entidades a realizar planes anuales de provisión de cargos, los cuales deberán contener, entre otros aspectos, las formas de cubrir las vacantes, sus costos y las medidas de ingreso:

“Artículo 17. Planes y plantas de empleos.

1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de provisión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance:

a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias;

b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación;

c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado. (Se resalta)”.

Con base en esta información corresponde a su vez al Departamento Administrativo de la Función Pública la elaboración de un plan anual de empleos vacantes, del cual se deberá dar traslado a la Comisión Nacional del Servicio Civil (artículo 14-d).

22 “Artículo 47. Corresponde al gobierno preparar anualmente el proyecto de presupuesto general de la Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto. El gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto”.

En consecuencia, la Sala debe poner de presente que las entidades no pueden, so pretexto de la falta de recursos o de planeación adecuada, convertir el uso del concurso público de méritos en una potestad discrecional y mucho menos volver permanente la provisionalidad y libre disposición de los cargos de carrera administrativa.

## **5. La competencia de la CNSC para la convocatoria a concursos públicos de méritos**

### **5.1 Fundamento constitucional de las competencias de la CNSC como máxima autoridad de administración y vigilancia de la carrera administrativa**

Las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) tienen fundamento directo en el artículo 130 de la Constitución Política de 1991, que le asigna a ese organismo las funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos:

“Artículo 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que el Constituyente quiso crear un órgano autónomo e independiente encargado de la función específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera, con el fin de que “el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia”<sup>23</sup>. Por lo tanto, el artículo 130 Superior busca “asegurar que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos”<sup>24</sup>.

Así, la Corte Constitucional ha sido enfática en advertir que el propósito de la Constitución de implementar el sistema de carrera por concurso de méritos (artículo 125) y de asignarle su administración y vigilancia a un órgano distinto de cada una de las entidades públicas (artículo 130) “fue precisamente el de aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores”<sup>25</sup>.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de diversas leyes en las que se ha pretendido trasladar total o parcialmente las funciones de la CNSC a las propias entidades que van a proveer sus cargos<sup>26</sup>.

---

23 Sentencia C-471 de 2013.

24 *Ibidem*.

25 Sentencia C-476 de 1999, reiterada en Sentencias C-1230 de 2005 y C-471 de 2013. Con base en lo anterior se ha indicado además, que las funciones asignadas a la CNSC para administrar y vigilar las carreras constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible (Sentencia C-1230 de 2005), “en el sentido que tales atribuciones no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador”. (Sentencia C-476 de 1999).

26 Ver por ejemplo, Sentencias C-471 de 2013 o C-1230 de 2005.

De otra parte la jurisprudencia ha precisado que, si bien corresponde al legislador establecer el contenido específico de las funciones de “administración” y “vigilancia” a que alude el artículo 130 de la Constitución<sup>27</sup>, en todo caso deberá tener en cuenta que el sentido natural de las palabras utilizadas por el constituyente denota que la CNSC debe tener la capacidad suficiente para ordenar y organizar la carrera administrativa y, por ende, para actuar como autoridad pública en esa materia:

“De forma específica, suele entenderse que la administración de un asunto público, suele implicar algunos aspectos básicos. A saber, la autoridad, sin la cual, nada se puede ordenar, exigir ni imponer; la responsabilidad, para que no se trate de un poder arbitrario; la independencia, que le permite, además de ejecutar, disponer y organizar. La generalidad y neutralidad de las reglas y principios que la rigen; la permanencia, por la naturaleza de sus fines y la capacidad de acción, basada en los medios de los que disponen aquellas personas que, por sus méritos, han sido designadas para ejercer la administración pública. En tal sentido, estos conceptos constituyen unos de los criterios básicos para establecer los contenidos básicos y nucleares de la ‘administración de las carreras administrativas’”<sup>28</sup>

Finalmente, destaca la Sala que conforme ha aclarado la jurisprudencia, el ejercicio de las funciones de la CNSC está regida por los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política<sup>29</sup>, lo que implica, entre otros aspectos, el deber de coordinación con las demás entidades con las cuales se interrelaciona.

## **5.2 Las competencias específicas de la CNSC en relación con la expedición del acto administrativo que convoca a los concursos públicos de méritos (preguntas 1 a 3): debe ejercerse de manera coordinada con las entidades beneficiarias del concurso**

Las atribuciones constitucionales de la CNSC en materia de administración de la carrera administrativa<sup>30</sup> se encuentran desarrolladas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, el cual, como ha aclarado la Corte Constitucional, constituye “el parámetro legal expedido en democracia, para determinar y precisar qué se ha de entender por la competencia de administrar un sistema de carrera administrativa, bajo el orden constitucional vigente”<sup>31</sup>. Específicamente, en relación con el objeto de la presente consulta (la convocatoria a concursos), dicho artículo le asigna a la CNSC las siguientes funciones:

“Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

---

27 Sentencia C-471 de 2013.

28 Sentencia C-471 de 2013.

29 Sentencia C-1265 de 2005, reiterada en sentencia C-471 de 2013.

30 Las funciones de vigilancia no tienen impacto directo en la presente consulta, pues se relacionan con actividades posteriores a la convocatoria (artículo 12 de la Ley 909 de 2004).

31 Sentencia C-471 de 2013.

a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;

b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;

c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento; (...)

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin (...). (Se resalta)

En concordancia con el literal i) anterior, el artículo 30 de la Ley 909 de 2004 regula la competencia de la CNSC para adelantar los concursos públicos de méritos, así:

“Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.

Los convenios o contratos se suscribirán preferencialmente, con las entidades acreditadas que tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.

La Comisión acreditará como entidades idóneas para adelantar los concursos a las universidades públicas y privadas y a las instituciones de educación superior que lo soliciten y demuestren su competencia técnica en procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal, así como capacidad logística para el desarrollo de concursos. El procedimiento de acreditación será definido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión”. (Se resalta).

Hasta aquí puede verse entonces que en relación con la convocatoria a los concursos públicos de méritos la CNSC tiene de manera concreta las siguientes competencias: (i) fijar los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección (artículo 11-a); (ii) acreditar a las entidades que podrán realizar procesos de selección (artículo 11-b); “elaborar” las convocatorias a concurso, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la propia ley y el reglamento (artículo 11-c); (iv) “realizar” y “adelantar” los procesos de selección (concursos públicos de méritos) para el ingreso al empleo público (artículos 11-i y 30) y (v) determinar los costos de los concursos (artículo 30, inciso final).

Ahora bien, el artículo 31 de la misma Ley 909 de 2004 se refiere expresamente al acto administrativo de convocatoria a los concursos públicos de méritos y a la competencia funcional para su expedición de la siguiente manera:

“Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la comisión nacional del servicio civil, el jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”.

De acuerdo con esta disposición es claro que el acto de convocatoria exige la concurrencia de la voluntad administrativa tanto de la Comisión Nacional del Servicio Civil –encargada de la realización del concurso–, como de la entidad u organismo beneficiaria del respectivo proceso de selección, responsable de sus costos en lo no cubierto por los participantes, según se verá enseguida. La expresión utilizada por el legislador (“deberá ser suscrita por”) es imperativa y no admite en este punto una interpretación diferente. Precisamente, al revisar los antecedentes legislativos, se puede observar que inicialmente el proyecto de ley<sup>32</sup> solo exigía que la convocatoria fuera “suscrita por el jefe de la entidad u organismo” y que fue durante el trámite en segundo debate en el Senado de la República<sup>33</sup> donde se adicionó la participación conjunta (no separada o excluyente) de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por tanto, en relación con la primera pregunta de la consulta, la Sala comparte lo señalado por el organismo consultante en el sentido de que si bien la elaboración de las convocatorias (artículo 11-c de la Ley 909 de 2004) y la realización de los concursos públicos de méritos (artículos 11-i y 30 *ibídem*) le corresponden a la CNSC como autoridad encargada de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, lo cierto es que el acto administrativo que abre la convocatoria debe ser suscrito por ese organismo en conjunto con cada organismo o entidad, según lo establece expresamente el numeral 1 del artículo 31 de la misma Ley 909 de 2004 que se acaba de citar.

Una lectura conjunta de las disposiciones citadas permite ver que las mismas son perfectamente armónicas y entendibles desde el punto de vista de los principios de colaboración y coordinación interinstitucional previstos en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política, los cuales determinan, como ya se ha advertido por esta Sala, que el hecho de que cada entidad u organismo estatal tenga sus propias funciones (principio de no duplicidad funcional) y que para su ejercicio la ley les confiera determinados grados de autonomía, “no justifica actuaciones aisladas, contradictorias o económicamente ineficientes”, pues en cualquier caso “sus competencias están regidas por los mandatos de colaboración y coordinación interinstitucional que permiten el logro mancomunado del interés general y la satisfacción de los derechos de las personas (artículos 4º, 113 y 209 C.P.)”<sup>34</sup>.

32 *Gaceta del Congreso* 232 de 2003. Ver también *Gacetas del Congreso* 267 de 2003, 629 de 2003 y 232 y 263 de 2004.

33 Plenaria en Segundo Debate de Senado, *Gaceta del Congreso* 355 de 2004.

34 Sala de Consulta, Concepto 2261 de 2015, reiterado en Concepto 2257 de 2016.

En tal sentido, el artículo 6º de la Ley 489 de 1998 señala sobre el principio de coordinación inter-institucional lo siguiente:

“Artículo 6º. 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”. (Se resalta).

Igualmente, el numeral 10 del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), establece que “[e]n 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”.

En el caso concreto, si una de las entidades debe asumir la carga administrativa de elaborar las convocatorias y realizar los concursos (CNSC), y la otra debe brindar la información necesaria para ese efecto y asumir los costos del correspondiente proceso de selección, lo que, como se vio, implica para esta última agotar previamente un proceso de planeación presupuestal, es comprensible y justificado que el legislador exija la cooperación de ambas entidades para la expedición del acto administrativo que pone en marcha toda la actuación subsiguiente.

Particularmente, si la convocatoria al concurso implica una erogación o gasto para la entidad beneficiaria del concurso, su comparecencia se explica (i) por la exigencia constitucional y legal de que para ese momento ya exista una disponibilidad presupuestal (carácter previo); y (ii) en el hecho mismo de que la convocatoria implicaría un acto de ejecución presupuestal para la entidad que afecta su presupuesto con los gastos que ese proceso de selección comporta para el Estado (artículo 71 D.111 de 1996).

Precisamente, sobre la necesidad del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) como prerequisite de las convocatorias a concursos públicos de méritos, se refirió la Corte Constitucional en Sentencia C-747 de 2011, al declarar parcialmente inexecutable una norma de la ley anual de presupuesto del año 2010<sup>35</sup>, que pretendía adicionar a dicha exigencia un trámite adicional ante el Ministerio de Hacienda. En esa providencia la Corte Constitucional recuerda tanto el deber de tener el CDP antes de abrir las convocatorias, como el de las entidades de constituirlo para no entorpecer las labores de la CNSC:

“Así las cosas, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1420 de 2010, no puede afectar a la Comisión Nacional del Servicio Civil en sus funciones, fijado que lo que informa la posibilidad de convocar a concurso de mérito no es propiamente el certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección Nacional de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sino el certificado de disponibilidad

35 Ley 1420. Artículo 14. (...) Cuando se trate de concursos o procesos de selección para proveer empleos de carrera administrativa, a través de la oferta pública de empleos; antes de adelantar el trámite administrativo ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, además de cumplir con lo previsto en el inciso anterior, el órgano correspondiente deberá obtener viabilidad presupuestal de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”



presupuestal originado en la entidad pública que posee en la planta de personal los cargos a proveer, ello conforme lo dispone el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, certificado último constituido como garantía de una apropiación destinada a cubrir los costos que genera el concurso público, sobre la base de que para cada vigencia presupuestal se cuenta con los recursos de personal apropiados; de lo contrario, se torna improcedente su expedición y por esa misma razón la realización del mismo, manejo presupuestal que, por ser ajeno en sentido estricto a las funciones y los trámites que adelanta la Comisión, no apareja limitaciones en su autonomía y competencia, ni constituye desconocimiento del principio del mérito que ella aplica.

No obstante, aparece claro que el establecimiento del certificado de vigencia presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adicional al certificado de disponibilidad presupuestal emanado del órgano o la entidad interesada en adelantar concurso ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, que garantiza financieramente los propósitos del sistema de carrera, constituye un obstáculo innecesario y contradictorio frente a lo previsto en el inciso 1° del artículo 14 mencionado, que, paralelamente, tampoco se aviene al derecho ciudadano de acceso a los cargos públicos, previsto en el artículo 40 superior, como expresión viva de la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Agregar una exigencia más a aquella de la certificación de disponibilidad presupuestal que regula el control del gasto de la entidad, conforme a las normas de presupuesto, siendo que con esta se satisface y viabiliza la convocatoria a concurso, entorpece el cumplimiento del mandato contenido en el referido inciso 1° y de las funciones públicas en cabeza del ente generador de los cargos a proveer, afectación que, de paso, conlleva una restricción más allá de lo razonable al acceso del ciudadano a la función pública y al cumplimiento de esta, en la medida que no tendría lugar tal restricción únicamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, de ser procedente, al abrirse espacio el trámite a concurso y, consecuentemente, la potencial participación ciudadana, previo cumplimiento de los requisitos del empleo a cubrir.

De otra parte, la viabilidad presupuestal exigida traslapa las competencias del órgano o entidad con vocación de llevar a trámite un concurso público, en tanto supone de parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la asunción de función que ya aparece satisfecha, para los fines del sistema de carrera administrativa, a través del certificado de disponibilidad presupuestal, expedido con base en las normas presupuestales que regulan los ingresos y gastos, circunstancia adversa que comporta, además, una trasgresión respecto de aquellos entes públicos que gozan de autonomía jurídica, administrativa y financiera<sup>36</sup>. (Se resalta).

Observa entonces la Sala que si bien la CNSC tiene las funciones de administración y vigilancia de la carrera, el alcance específico de tales atribuciones es el establecido en la Ley 909 de 2004<sup>36</sup>, estatuto este que no atribuye competencia alguna a la CNSC para ordenar a otras entidades apropiaciones o registros presupuestales, ni muchos menos para afectar directamente sus presupuestos.

Por lo anterior, la respuesta a las preguntas 2 y 3 de la consulta también son negativas, aunque con la advertencia de que tanto para la CNSC, como especialmente para la entidad u

organismo cuyos cargos deben ser provistos mediante concurso, existe el deber constitucional y legal de concurrir a la expedición del acto administrativo de convocatoria y de efectuar las apropiaciones presupuestales correspondientes -inmediatamente se presente la necesidad de acudir a ese procedimiento de selección-, so pena de responsabilidad institucional y personal por el incumplimiento de las normas que regulan la carrera administrativa y exigen la provisión de los respectivos cargos mediante ese sistema de selección, según se aclaró anteriormente.

Por tanto, si bien es cierto que los Decretos Reglamentarios 1227<sup>37</sup> y 4500 de 2005<sup>38</sup> se refieren al contenido del acto de convocatoria que “suscribe” o “profiere” la CNSC, debe entenderse, en virtud del principio de legalidad, que tales expresiones se refieren a lo que corresponde decidir a ese organismo y no comporta que la convocatoria pueda ser suscrita sin la entidad cuyos cargos deben ser provistos, como lo ordena el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Ahora, en relación con la posibilidad de que la CNSC abra el concurso por sí sola, a partir de una certificación expedida por el jefe de cada organismo o entidad respecto de la oferta pública de su empleos de carrera, entendido que tal documento reemplazaría la exigencia legal de que ambas entidades suscriban la respectiva convocatoria (pregunta 2), la Sala considera que esa opción no es viable, pues además de que la misma no está prevista en la ley, es claro que tal certificación no puede equipararse a la voluntad administrativa de la entidad que la expide, para dar apertura al respectivo proceso de selección.

A ese respecto debe tenerse en cuenta que conforme a la Circular 004 de 2015 de la CNSC<sup>39</sup>, el registro de las ofertas públicas de empleo de carrera (OPEC) ante ese organismo, apenas da lugar a la activación de la fase de planeación de las convocatorias, a partir de la cual debe darse, según se indicó, el trabajo de coordinación y colaboración entre la CNSC y la entidad respectiva, en orden a que una vez hechas las apropiaciones presupuestales y adelantados los demás aspectos organizacionales y de contratación, pueda abrirse, conjuntamente, la correspondiente convocatoria.

Pero además debe tenerse en cuenta que conforme a las normas anteriormente revisadas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, la CNSC no podría ordenar la apertura de un concurso público de méritos sin que la entidad responsable de asumir sus costos cuente con la apropiación presupuestal necesaria para ese fin. Se reitera que conforme al artículo 71 del Decreto 111 de 1996, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes y cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos “creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones”.

37 “Artículo 13. Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborar y suscribir las convocatorias a concurso, con base en las funciones, los requisitos y el perfil de competencias de los empleos definidos por la entidad que posea las vacantes, de acuerdo con el manual específico de funciones y requisitos”.

38 “Artículo 3°. **Convocatoria.** Consiste en el aviso público proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cada una de las fases, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en los concursos que se realicen para el ingreso a empleos de carrera administrativa”. Para su difusión se acudirá a los medios señalados en el Decreto 1227 de 2005.

39 “En este orden, la CNSC en usos de sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias, emite la siguiente instrucción sobre el registro de la Oferta Pública de Empleos de Carrea Vacantes (OPEC) ante esta Comisión: 1. Dentro del proceso que se realiza para llevar a cabo la convocatoria, cuyo fin es la provisión de los empleos de carrera administrativa por mérito, se requiere adelantar una etapa de planeación, la cual inicia con el registro de la OPEC en la aplicación WB de la CNSC (...)”.

Asimismo es necesario tener en cuenta que la Ley 1769 de 2015, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal 2016, prohíbe tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto y no reúnan los requisitos legales o “se configuren como hechos cumplidos” (artículo 15), lo cual sucedería si la CNSC abre una convocatoria sin que la entidad beneficiaria del concurso tenga la respectiva apropiación presupuestal para sufragar los costos que demanda ese proceso.

### **5.3 Incompetencia de la CNSC para cobrar coactivamente a las entidades el valor que les corresponde asumir para la realización de los concursos públicos de méritos (cuarta pregunta)**

Según se indicó anteriormente, conforme a la Ley 909 de 2004, una de las funciones que ejerce la CNSC es la relativa a la fijación de los costos del correspondiente proceso de selección:

Artículo 30. (...) Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos (...) Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión”.

Esta disposición fue parcialmente modificada por el artículo 9° de la Ley 1033 de 2006, que para sufragar los costos de los concursos permite el cobro de unos derechos de participación a los interesados y que, por consiguiente, solo obliga a las entidades cuyos cargos deben ser provistos, a asumir el monto no cubierto con tales recaudos:

“Artículo 9°. Con el fin de financiar los costos que conlleve la realización de los procesos de selección para la provisión de los empleos de la carrera que convoque la Comisión Nacional del Servicio Civil y la especial del Sector Defensa, la Comisión Nacional del Servicio Civil cobrará a los aspirantes, como derechos de participación en dichos concursos, una suma equivalente a un salario mínimo legal diario para los empleos pertenecientes a los niveles técnico y asistenciales, y de un día y medio de salario mínimo legal diario para los empleos pertenecientes a los demás niveles. El recaudo lo hará la Comisión Nacional del Servicio Civil o quien esta delegue. Si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, el faltante será cubierto por la respectiva entidad que requiera proveer el cargo”.

De acuerdo con lo anterior, la CNSC tiene competencia suficiente para (i) determinar los costos de cada concurso (artículo 30 de la Ley 909 de 2004) y (ii) recaudar los derechos de participación que deben aportar los aspirantes (primer inciso del artículo 9° de la Ley 1033 de 2006). Hasta aquí no hay duda de sus competencias legales.

Por su parte, la entidad que requiere proveer los cargos debe asumir el faltante de los costos del respectivo proceso de selección, para lo cual, como ya se ha advertido, está obligada a contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal, según la planeación y coordinación que se haya adelantado con la CNSC de acuerdo con los artículos 113 y 209 C. P. De no contar con tal disponibilidad, deberá proceder a efectuarla para la siguiente vigencia fiscal, conforme a los principios y reglas presupuestales anteriormente revisados.

En este punto surge la cuarta pregunta planteada por el organismo consultante, en cuanto a la posibilidad de que la CNSC pueda cobrar coactivamente a las entidades cuyos cargos van a ser provistos, la parte de los costos que les corresponde asumir para la realización de los respectivos concursos públicos de méritos, incluso si, al no haberse agotado un proceso previo de planeación, las entidades no cuentan con las apropiaciones presupuestales del caso.

Al respecto, la Sala considera que la respuesta es negativa. Por una parte porque, como ya se ha advertido a lo largo de este concepto, no es posible que se abra una convocatoria sin que previamente se haya verificado la existencia del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal expedido por la entidad que va a asumir los costos del proceso de selección. Por otro lado, porque las disposiciones anteriormente citadas, si bien le otorgan a la CNSC la competencia para fijar los gastos del concurso y recaudar de los participantes los correspondientes derechos de participación, no le confieren una potestad especial para declarar mediante acto administrativo una obligación a su favor por la diferencia que debe asumir cada entidad, ni tampoco para hacer su cobro coactivo.

Al respecto es preciso advertir que la facultad de cobro coactivo no es una competencia general para crear obligaciones a favor del Estado, sino para recaudar directamente (sin necesidad de acudir al juez de la ejecución<sup>40</sup>) aquellas rentas o caudales públicos que están contenidas en un título ejecutivo previo<sup>41</sup>, bien proveniente del deudor o bien creado por la propia entidad cuando le ha sido reconocida expresamente una competencia para ese fin.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la potestad de cobro coactivo otorgada a la generalidad de entidades públicas en los artículos 5<sup>42</sup> de la Ley 1066 de 2005 y 98<sup>43</sup> de la Ley 1437 de 2011, presupone no solo la existencia de un título ejecutivo previo que contiene la obligación por recaudar, sino también que, cuando ese título está representado en un acto administrativo, la entidad que lo expide tiene competencia suficiente para declarar (imponer) unilateralmente la obligación.

Como se señaló, en el caso particular analizado la Sala no encuentra que la ley le haya conferido a la CNSC la competencia para declarar mediante acto administrativo obligaciones a su favor y a cargo de las entidades, por los gastos que estas últimas deben aportar para la realización de los concursos públicos de méritos. Esto implica, consecuentemente que tam-

40 Sentencia C-666 de 2012.

41 "Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104 la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.
2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, o de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104 la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.
4. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.
5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor".

42 "Artículo 5°. **Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas.** Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario".

43 "Artículo 98. **Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo.** Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes".

poco pueda intentar su recaudo por cobro coactivo, menos aun si no hay una apropiación presupuestal previa para asumir esas obligaciones.

## 6. Advertencia final

A lo largo de este concepto la Sala se ha referido a algunos límites en las competencias de la CNSC para adelantar los concursos públicos de méritos orientados a proveer los cargos de carrera de las entidades estatales, como lo ordena el artículo 125 de la Constitución Política. Sin embargo, como también advirtió la Sala, el concurso público de méritos responde a fines constitucionales imperiosos, para cuya realización el constituyente también entendió que debía haber una autoridad administrativa autónoma e independiente que pudiera garantizar el cumplimiento de las normas de carrera administrativa.

Por tanto, si bien la Sala entiende la preocupación del organismo consultante de que se abran convocatorias a concursos públicos de méritos sin la debida planeación y apropiación presupuestal para sufragar sus costos, también debe advertir que esa preocupación no es mayor de la que se deriva del hecho mismo de que las entidades obligadas a realizar concursos públicos de méritos no remitan a la CNSC la información de cargos a proveer o se rehúsen a incluir en sus presupuestos las partidas presupuestales necesarias para su realización y, por esa, vía, retrasen o eludan la aplicación del artículo 125 de la Constitución Política. Una y otra situación son igualmente reprochables desde el punto de vista constitucional y legal, y pueden generar responsabilidad de los funcionarios que omitan el cumplimiento de sus deberes en cada una de esas materias.

La Sala insiste entonces en que los cargos de carrera administrativa deben ser provistos mediante concurso público de méritos y no pueden convertirse en empleos de libre disposición de las entidades, a través de la provisionalidad (actualmente objeto de protección en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional) u otras figuras semejantes.

Debe recordarse que la no realización de los concursos públicos de méritos en la forma prevista en el artículo 125 de la Constitución Política, expone a las entidades a que esa orden sea impartida por vía judicial, como ha ocurrido, por ejemplo, en los casos de la Fiscalía General de la Nación<sup>44</sup> y la Procuraduría General de la Nación<sup>45</sup>. Estos antecedentes ponen de presente que frente a la obligación constitucional de convocar a concurso, son inoponibles argumentos de tipo administrativo:

“Teniendo en cuenta lo expuesto en numerales anteriores, en el sentido de que la Fiscalía General de la Nación debe convocar a nuevos concursos para satisfacer los requerimientos específicos que el legislador le ha impuesto y teniendo en cuenta que su planta de personal ha ido en aumento, pues de 18.200 cargos de carrera que tenía en el año 2005 pasó a 20.659, de los cuales un alto porcentaje todavía están ocupados por empleados en provisionalidad, se requiere que, de forma inmediata, la Fiscal General de la Nación ordene el estudio de perfiles para que, en un término máximo de seis (6), a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos

---

44 Sentencia SU-446 de 2011.

45 Sentencias C-101 de 2013 y T-147 de 2013.

y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentren vacantes, incluidos los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. Lo anterior significa que todos y cada uno de los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación deben quedar provistos mediante el sistema de concurso público en un término no mayor a los dos (2) años, contados a partir de la notificación de este fallo.

Esta es la tercera orden que la Sala Plena de esta Corporación emite en ese sentido. La última orden fue en la Sentencia C-279 de 2007, en la que se estableció que la Fiscalía General de la Nación tenía que implementar definitivamente el sistema de carrera en toda la entidad. En esa oportunidad, se fijó el plazo del 31 de diciembre de 2008 para culminar el proceso de vinculación mediante concursos públicos de mérito, fecha que se incumplió porque pese a las convocatorias de 2007 y otras de 2008, que no fueron objeto de esta tutela, son numerosos los empleos de carrera que siguen ocupados en provisionalidad y sin una convocatoria a concurso.

Por tanto, nuevamente la Sala Plena ordenará que en el término máximo de dos (2) años, contados a partir de la notificación de este fallo, la Fiscal General de la Nación convoque y concluya el o los concursos públicos que sean necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad o que se encuentren vacantes<sup>46</sup>. (Negrilla original).

Incluso, como sucedió en el caso de los notarios, la Corte Constitucional ha considerado que la renuencia a realizar los concursos públicos de méritos ordenados en la ley puede dar lugar a un estado de cosas inconstitucional (afectación sistemática de las normas constitucionales), no solo porque se pone en riesgo la eficacia del artículo 125 C. P., sino porque se vulnera también el derecho de todos los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a la función pública<sup>47</sup>.

En consecuencia, la Sala reitera que la respuesta negativa a los interrogantes de la consulta, no significa que para las entidades públicas sea potestativo hacer las apropiaciones que requieren los concursos públicos de méritos, ni mucho menos que puedan optar o no por suscribir la respectiva convocatoria preparada por la CNSC. Se trata de un deber claro y expreso que se deriva de la Constitución y de la ley, cuyo incumplimiento genera responsabilidad institucional y personal por omisión.

Así entonces, una vez establecida la Oferta Pública de Empleos de Carrera en una entidad, esta se encuentra en la obligación de (i) acudir de manera inmediata a la CNSC para planear y coordinar la realización del respectivo concurso público de méritos, y (ii) proceder a hacer, también a la mayor brevedad posible, las apropiaciones presupuestales necesarias para sufragar los costos que le corresponde asumir.

Cabe señalar que si bien la CNSC no tiene competencia para abrir unilateralmente los concursos públicos de méritos, afectar el presupuesto de otras entidades o recaudar coactiva-

---

46 Sentencia SU-446 de 2011.

47 Ver Sentencias SU-250 de 1998, T-1695 de 2000, C-421 de 2006 y SU-913 de 2009.

mente el valor que estas deban aportar para la realización de tales procesos de selección, según se aclaró, en todo caso la Constitución y la Ley 909 de 2004 le asignan la función de asegurar el cumplimiento de las normas de carrera administrativa, a efectos de lo cual le asignan atribuciones expresas para:

(i) Establecer los lineamientos generales con base en los cuales se desarrollarán los procesos de selección<sup>48</sup> y expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa<sup>49</sup>, lo que permitiría establecer cronogramas y plazos para la remisión de información, la entrega de los recursos del proceso de selección -claro está, sin desconocer los procedimientos y trámites que se derivan para cada entidad del Estatuto Orgánico de Presupuesto-, la firma de la convocatoria, etc.; y

(ii) Imponer sanciones pecuniarias<sup>50</sup> por el incumplimiento de sus órdenes e instrucciones, sobre las cuales sí procedería además la facultad de cobro coactivo, según lo indicado anteriormente.

Con base en lo anterior,

### **LA SALA RESPONDE:**

“1. ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil puede convocar a concurso los empleos de carrera vacantes de las entidades públicas regidas por la Ley 909 de 2004, sin que estas hayan tenido participación en las etapas de planeación de los concursos y sin que la convocatoria esté suscrita por el jefe del respectivo organismo o entidad?

No. De conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el acto administrativo que abre la convocatoria a un concurso público de méritos debe ser expedido conjuntamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil y por la entidad cuyos cargos van a ser provistos en desarrollo de ese proceso de selección, todo lo cual exige agotar una etapa previa de planeación y coordinación inter-institucional por las implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta.

En todo caso, la Sala advierte que las entidades están en la obligación de planear y coordinar con la CNSC la realización oportuna de los concursos públicos de méritos, de manera tal que provean sus cargos de carrera administrativa en la forma prevista en el artículo 125 de la Constitución Política. Además, deberán constituir, con la suficiente antelación, las apropiaciones presupuestales necesarias para sufragar los costos que les corresponde asumir para esos efectos. Reitera la Sala que la provisión de cargos de carrera mediante concurso público de méritos no es una potestad discrecional de cada entidad, sino una obligación legal de ineludible cumplimiento para todos los entes y organismos concernidos, a quienes asiste el deber de colaborar con la CNSC para el cumplimiento de sus funciones.

48 Artículo 11, literal a.

49 Artículo 11, literal h.

50 Artículo 12 de la Ley 909 de 2004: “(...) Parágrafo 2º. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá imponer a los servidores públicos de las entidades nacionales y territoriales sanciones de multa, previo el debido proceso, cuando se compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por ella. La multa deberá observar el principio de gradualidad conforme el reglamento que expida la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyos mínimos serán cinco (5) salarios mínimos legales vigentes y máximos veinticinco (25) salarios mínimos legales vigentes”. (Declarado exequible en Sentencia C-1265 de 2005). Concordante con los artículos 25 y ss. del Decreto Extraordinario 760 de 2005 en los cuales se establece el procedimiento para la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la CNSC.

2. ¿La certificación expedida por el jefe del organismo, respecto de la oferta pública de empleos, con fundamento en la cual la CNSC hoy convoca a concurso, suple la suscripción de la convocatoria a que se refiere el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004?

No. La ley no tiene prevista esa posibilidad, ni tampoco le concede competencia a la CNSC para expedir por sí sola el acto administrativo que abre la convocatoria a un concurso, según se advirtió en la respuesta anterior.

3. ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil puede convocar a concurso los empleos de las entidades sin que exista en sus presupuestos la apropiación presupuestal que garantiza los recursos para sufragar los gastos que conlleva el proceso de selección?

No. De conformidad con la respuesta dada a las preguntas 1 y 2, la CNSC no puede convocar a concursos públicos de méritos unilateralmente. Además, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, ninguna autoridad podrá ordenar o efectuar gastos públicos o erogaciones que no hayan sido previamente apropiadas y figuren en el presupuesto de cada entidad.

4. ¿En virtud del artículo 9° de la Ley 1033 de 2006, la Comisión Nacional del Servicio Civil puede crear a cargo de las entidades obligaciones para cuyo cumplimiento no exista la debida apropiación presupuestal, derivadas de los procesos de selección en cuya planeación y convocatoria no participó la entidad y ejecutarlas coactivamente para lograr el pago de estas obligaciones?

No. La Comisión Nacional del Servicio Civil no puede crear obligaciones a cargo de las entidades, derivadas de los procesos de selección en cuya planeación y convocatoria no participó la entidad, ni ejecutarlas coactivamente, menos aún si no se había verificado que existía la apropiación presupuestal necesaria para ese fin.

Remítase a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública 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.



9. Póliza de seguro de responsabilidad de los funcionarios integrantes de los equipos auditores de las contralorías.

### **Radicado 2100**

Fecha: 06/09/2012

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 3 de octubre de 2016

El Ministro de Justicia y del Derecho, a solicitud del Contralor de Bogotá D.C., formula a la Sala una consulta acerca de la posibilidad de amparar, mediante póliza de seguro de responsabilidad, a los servidores públicos de las contralorías que desarrollan labores de auditoría dentro del nuevo procedimiento verbal de responsabilidad fiscal establecido por la Ley 1474 de 2011.

## **I. Antecedentes**

Los antecedentes de orden legal y fáctico que refiere el Ministro en la consulta se resumen en la siguiente forma:

1. La Ley 1474 del 12 de julio de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, más conocida como el Nuevo Estatuto Anticorrupción, en el Capítulo VIII referente a las “Medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción” estableció el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal (artículos 97 y ss.), que asigna nuevas funciones a los servidores públicos de las contralorías integrantes de los equipos auditores, consistentes básicamente en la sustanciación y práctica de pruebas y la prestación de apoyo técnico durante las audiencias.

## **2. La Ley 1474 de 2011 instauró así el procedimiento verbal:**

“Artículo 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000. El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley. (...)”

3. Para la implementación del procedimiento verbal, la Ley 1474 de 2011 dispone que los órganos de control podrán redistribuir las funciones en las dependencias o grupos de trabajo existentes, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad (artículo 97 parágrafo 2°), de tal manera que la idea es que un buen número de funcionarios de las contralorías colabore en la tramitación y el desarrollo del procedimiento verbal: algunos pueden ser designados para la sustanciación y práctica de pruebas y deben presidir la audiencia de descargos, ante la ausencia del funcionario del nivel directivo o ejecutivo competente (artí-

culo 98-c) y otros que la ley denomina “profesionales técnicos de apoyo designados”, deben participar tanto en la audiencia de descargos (artículo 100-a) como en la de decisión (artículo 101-a).

4. La consulta cita varias normas del Código de Comercio referentes al contrato de seguro, en aspectos tales como su definición, las partes, el riesgo, los riesgos inasegurables, y el seguro de responsabilidad.

5. La materia de la presente consulta tuvo origen en la petición que la Asociación de Servidores Públicos de la Contraloría de Bogotá (Asocob) presentó ante la Contraloría de Bogotá D.C. para plantear que, teniendo en cuenta el nuevo procedimiento verbal de responsabilidad fiscal establecido por los artículos 97 a 105 de la Ley 1474 de 2011, se debería constituir “una póliza de defensa judicial que ampare los posibles errores y omisiones involuntarias o de buena fe en que puedan incurrir los funcionarios que formen parte de los equipos auditores de la entidad, los adscritos a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva y los directivos que tomen decisiones relacionadas con los hallazgos de tipo fiscal”.

6. El Contralor de Bogotá manifiesta, en oficio radicado con el n.º 2-2012-03880 del 2 de marzo de 2012: “Entiende este Despacho que los servidores públicos que forman parte de los equipos auditores desarrollan una tarea asimilada a la instrucción, de acopio de elementos de juicio que permitan concluir si se está ante la presencia de un presunto hallazgo fiscal; es una actividad técnica, la cual no implica la toma de decisiones sancionatorias o condenatorias”.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y en consideración a la actividad de los funcionarios de las contralorías designados para ejercer labores de auditoría y prestar apoyo técnico durante la celebración de las audiencias del proceso verbal de responsabilidad fiscal, el Ministro formula las siguientes PREGUNTAS:

1. “Acorde a las disposiciones legales vigentes, ¿cuándo y en qué casos es procedente amparar con pólizas de seguros las funciones de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría en las contralorías?

2. ¿Las pólizas de seguros que amparen el riesgo de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría se limitan exclusivamente a aquellos funcionarios cuya actividad implica la toma de decisiones sancionatorias o condenatorias, o también podrían cobijar a aquellos funcionarios designados para la sustanciación y para la práctica de pruebas?”.

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

#### **A. Las pólizas de seguros de responsabilidad profesional o por el desempeño de funciones**

La consulta plantea si es procedente amparar mediante una póliza de seguros a los servidores públicos que desempeñan labores de auditoría dentro del nuevo procedimiento verbal

de responsabilidad fiscal, establecido por los artículos 97 y siguientes de la Ley 1474 de 2011, el nuevo Estatuto Anticorrupción.

Se observa que la póliza aludida se refiere concretamente al seguro de responsabilidad, modalidad de seguro que se encuentra regulada por los artículos 1127 y siguientes del Código de Comercio. Dice así el citado artículo 1127:

“Artículo 1127. Modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990. Naturaleza del seguro de responsabilidad civil. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

Al respecto se observa que las compañías de seguros expiden los seguros de responsabilidad civil, en la forma más usual, como el amparo básico de la póliza tradicional de automóviles, las pólizas de responsabilidad civil de empresas y de productos y otras clases de coberturas de responsabilidad, encontrándose también las pólizas de responsabilidad profesional, las cuales cubren normalmente el ejercicio de una profesión u oficio o el desempeño de funciones de determinados cargos públicos o privados.

El riesgo amparado por estas pólizas consiste fundamentalmente, como lo establece la norma mercantil transcrita, en cubrir los eventuales errores u omisiones en que incurra una persona en desarrollo del ejercicio de su profesión o un servidor público o empleado privado durante el desempeño de sus funciones y deberes, y que por causa de tales errores u omisiones se produzcan perjuicios a terceros, de manera que la persona asegurada vea comprometida su responsabilidad civil y esté obligada a indemnizar el daño ocasionado.

Estas pólizas tienen, por lo general, el anexo o la cláusula de defensa judicial del asegurado, que cubre hasta determinado monto los gastos y honorarios de abogado para atender el proceso judicial en que se vea envuelto con ocasión de una presunta responsabilidad suya cubierta por la póliza.

## **B. La contratación de las pólizas de responsabilidad para amparar a los servidores públicos de las contralorías que actúan en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal**

En el caso de los servidores públicos de las contralorías se encuentra, y este planteamiento da respuesta a la segunda pregunta, que no solamente los funcionarios competentes para decidir sobre la responsabilidad fiscal de una persona sino también aquellos servidores que, formando parte de los equipos auditores, participan en la sustanciación y práctica de pruebas o prestan apoyo técnico en las audiencias de descargos y de decisión dentro del nuevo procedimiento verbal, pueden incurrir en errores u omisiones que generen eventualmente perjuicios a los presuntos responsables fiscales. Por consiguiente, tanto los funcionarios que deciden como los que integran los equipos auditores pueden ser cubiertos por una póliza de responsabilidad con el amparo de defensa judicial.

Ahora bien, se pregunta de manera general cuándo y en qué casos es procedente tomar dichas pólizas, para lo cual resulta pertinente hacer la siguiente distinción:

1. Las pólizas de responsabilidad por el desempeño de funciones pueden ser tomadas voluntariamente por los servidores públicos que desempeñan funciones de auditoría en las contralorías, ya que no existe una norma legal que establezca este seguro como obligatorio, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decreto Ley 663 de 1993, los seguros obligatorios únicamente pueden ser establecidos por la ley<sup>1</sup>.

2. Dichas pólizas podrían también ser tomadas por las contralorías, bien en cumplimiento de una norma legal que les impusiera tal obligación, la cual ciertamente no existe en el momento actual, o por decisión autónoma dentro de sus políticas de operación y administración, con la finalidad de brindar confianza y seguridad a los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, por la protección económica que confiere el seguro, y siempre y cuando cuenten con la partida presupuestal necesaria para el pago de las primas correspondientes.

### LA SALA RESPONDE:

1. “¿Acorde a las disposiciones legales vigentes, cuándo y en qué casos es procedente amparar con pólizas de seguros las funciones de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría en las contralorías?”

Teniendo en cuenta la atribución de nuevas funciones de auditoría a los servidores públicos de las contralorías en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal establecido por la Ley 1474 de 2011, que es el contexto dentro del cual se eleva la consulta, dichos servidores públicos se pueden amparar con pólizas de seguros de responsabilidad profesional o por el desempeño de sus funciones que incluyan el amparo de defensa judicial.

2. “¿Las pólizas de seguros que amparen el riesgo de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría se limitan exclusivamente a aquellos funcionarios cuya actividad implica la toma de decisiones sancionatorias o condenatorias, o también podrían cobijar a aquellos funcionarios designados para la sustanciación y para la práctica de pruebas?”

Las pólizas de seguro de responsabilidad profesional o por el ejercicio de las funciones de los mencionados servidores públicos pueden cubrir tanto a los funcionarios competentes para la toma de decisiones como a los encargados de la sustanciación y práctica de pruebas.

Remítase a la señora Ministra de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

1 EOSF. “Artículo 191. Creación de seguros obligatorios. Solamente por ley podrán crearse seguros obligatorios”.

10. Vigencia del decreto ley 904 de 1951. Coexistencia de convenciones colectivas de trabajo en una misma empresa.

### **Radicado 2087**

Fecha: 24/05/2012

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 28 de noviembre de 2016

El señor Ministro del Trabajo consulta a la Sala sobre la vigencia del decreto ley 904 de 1951 y sobre la posibilidad de que coexistan convenciones colectivas de trabajo en una misma empresa.

### **I. Antecedentes**

Explica el Ministro, que el artículo 26 del decreto legislativo 2351 de 1965 que subrogó el artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, decía:

#### “REPRESENTACIÓN SINDICAL

1. En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión.

2. Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa.

3. Si ninguno de los sindicatos agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación corresponderá conjuntamente a todos ellos. El gobierno reglamentará la forma y modalidades de esta representación”.

A renglón seguido anota que “en concordancia con esa norma, resultaba aplicable el artículo 1° del Decreto 904 de 1951, que establece la prohibición de la existencia de dos convenciones en una misma empresa”. Dice el artículo 1o del decreto ley 904 de 1951:

“No puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieren varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario”.

Considera que en virtud de la declaratoria de inexecutable del artículo 26 del decreto legislativo 2351 de 1965 (Corte Constitucional sentencias C-572 del 2000 y C- 063 del 2008),

en la actualidad ningún sindicato está supeditado a ser representado por otra organización sindical en el proceso de negociación colectiva, y es por ello que para el Ministerio de Trabajo es claro que todos los sindicatos, sean mayoritarios o minoritarios, de empresa, industria, de rama económica, etc., tienen derecho a presentar sus propios pliegos de peticiones al empleador, y negociarlos autónomamente, por constituir un desarrollo del derecho de negociación colectiva y de la libertad sindical.

No obstante, advierte que existen varias interpretaciones respecto a la vigencia y aplicación del decreto Ley 904 de 1951, lo que tiene incidencia por ejemplo, en el término de vigencia de las convenciones y en los plazos de denuncia para efectos de la negociación y celebración de nuevos acuerdos colectivos.

La primera interpretación, dice el Ministro, sostiene que el decreto ley 904 de 1951 está vigente, y en consecuencia, los sindicatos tendrán que sujetarse a los términos de denuncia establecidos en los artículos 478 y 479 del CST, para adelantar sus procesos de negociación.

En este punto, destaca que según la sentencia T-656 del 2004 de la Corte Constitucional, “cada uno de los sindicatos podrá adelantar su proceso de negociación colectiva, con la advertencia de que para los efectos del Decreto 904 de 1951, las convenciones colectivas posteriores a la primera se incorporarán a ella”.

Por tal razón, considera que si en una empresa o entidad se encuentra vigente una convención, únicamente sería posible adelantar la negociación de un nuevo pliego de peticiones con el mismo sindicato o sindicatos que la suscribieron o con otra organización sindical, cuando la convención se haya denunciado dentro de los 60 días anteriores a la expiración de su vigencia, como lo prevé el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

Continúa explicando el Ministro:

“Entonces en el evento de que un sindicato minoritario deseara ejercer su derecho de negociación sería viable la presentación de un pliego de peticiones pero siguiendo los términos legales de la denuncia, negociación, etc., sin que existiese impedimento, para que salvo estipulación en contrario, el nuevo convenio fuera absorbido por la convención más antigua, sin desfigurar las condiciones acordadas, conformando de esta manera un todo que sistemáticamente organizado regulara las relaciones laborales al interior de la empresa, por ejemplo, organizando en capítulos aplicables a cada organización sindical.

Lo precedente desembocaría también en que el período de negociación con la totalidad de las organizaciones que coexistieran en una misma empresa, sería más o menos coetáneo y por tanto a la voz de lo indicado por la Corte Constitucional no se estarían adelantando negociaciones múltiples, simultáneas o diferidas a lo largo del año calendario, o multiplicando las negociaciones o convenciones en función al número de sindicatos sino “asegurando la participación directa de cada uno de tales candidatos en las negociaciones que conduzcan a la suscripción de la correspondiente convención colectiva de trabajo” (C-063 y C-668 de 2008)”

La segunda interpretación “desestima el efecto vinculante del Decreto 904 de 1951” con fundamento en los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional, según los cuales, si

las organizaciones sindicales tienen derecho a negociar su propio pliego, es aconsejable pero no imperativo, que dichos procesos tengan una misma vigencia, pues no se puede limitar la autonomía sindical, de conformidad con los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

Concluye el Ministro afirmando, que en consecuencia, la existencia de una convención anterior en una empresa, cuya vigencia no haya terminado, no impide que se adelante una nueva negociación con otro sindicato, y por lo tanto pueden coexistir tantas convenciones como sindicatos haya.

Así las cosas, formula las siguientes PREGUNTAS:

“1) ¿En la actualidad se encuentra vigente el Decreto 904 de 1951?

2) Con fundamento en la declaratoria de inexecutable de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el decreto ley 2351 de 1965, artículo 26, ¿Hoy es posible afirmar que, pueden existir tantas convenciones como sindicatos subsistan en una misma empresa?

2.1. De ser la respuesta afirmativa, ¿las convenciones colectivas de trabajo se aplicarían de forma independiente a los trabajadores de cada sindicato?

2.2. ¿Cómo operaría la aplicación de las convenciones dependiendo de si son celebradas por un Sindicato Mayoritario o un Sindicato Minoritario, de acuerdo a los artículos 470 y 471 modificados por los artículos 37 y 38 del decreto ley 2351 de 1965?

2.3. ¿Sería posible que un trabajador alegara el principio de favorabilidad para que le fuera aplicado un beneficio convencional contenido en una convención distinta a la firmada por el sindicato al que se haya afiliado?

2.4. ¿Será viable que un trabajador miembro de varios sindicatos, acceda a la totalidad o a una parte de los beneficios consagrados en las convenciones firmadas por cada una de las organizaciones sindicales de las que hace parte?

2.5. ¿Cada una de las convenciones tendría vigencias independientes?

2.6. Deberían ser convocados Tribunales de Arbitramento Obligatorio de forma independiente para cada sindicato? Y por ende ¿podría haber tantos laudos arbitrales como sindicatos haya en una misma empresa?

3) Dentro del contexto citado y conforme a los Convenios 84, 98, 154 de la OIT y artículos 39, 53, y 55 C. P. ¿Está obligado un empleador a negociar el pliego de peticiones presentado por un sindicato, pese a no encontrarse dentro de los términos dispuestos por el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, para efectuar la denuncia de la convención colectiva vigente en la empresa?

4) Un sindicato recién creado y que no ha suscrito convención colectiva con una empresa ¿Está obligado a efectuar la denuncia de la o las convenciones vigentes en la empresa respectiva?

5) ¿Podría un empleador, en el contexto del artículo 433 del CST, subrogado por el artículo 27 del decreto ley 2351 de 1965, argumentar para negarse a negociar con un sindicato, que este se encuentra compuesto por la totalidad o gran parte de los trabajadores de otra(s) organización(es) sindical(es) con la(s) cual(es) ya ha firmado una convención, y por tanto existiría un abuso del Derecho a la Libertad Sindical y Negociación Colectiva?

6) ¿Cómo sería posible jurídicamente dar cumplimiento a lo señalado por la Corte Constitucional, cuando en el pronunciamiento efectuado en la Sentencia C-063 de 2008 y reiterado en la Sentencia C-668 de 2008, dispuso que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 357 CST, no debería “multiplicar las negociaciones y las convenciones en función del número de sindicatos coexistentes” sino asegurar la participación directa de las organizaciones para la suscripción de la “correspondiente convención colectiva?”

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por el señor Ministro, la Sala considera necesario analizar los siguientes puntos: i) el estímulo a la negociación colectiva en los convenios de la OIT, ii) la inexequibilidad del artículo 26 del decreto legislativo 2351 de 1965 que subrogó el artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, iii) la derogatoria del decreto ley 904 de 1951 y coexistencia de convenciones colectivas en una misma empresa, iv) el inicio de conversaciones para la negociación del pliego de peticiones, v) las convenciones colectivas de trabajo y su aplicación de acuerdo a los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo, vi) la vigencia y denuncia de las convenciones colectivas, y vii) los tribunales de arbitramento.

#### **A. El estímulo a la negociación colectiva en los convenios de la OIT**

El artículo 6°, numeral 1 del Convenio 84 de la OIT señala que: “se deberá estimular a los empleadores y a los trabajadores para que eviten conflictos y para que, en caso de que surjan, los resuelvan en forma equitativa por medio de la conciliación”.

El artículo 4° del Convenio 98 de la OIT establece que “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

El artículo 5° del Convenio 154 de la OIT prevé:

“1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentarla negociación colectiva.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:

a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;



b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2° del presente Convenio;

c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;

d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;

e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentarla negociación”

### **B. La inexecutable del artículo 26 del decreto legislativo 2351 de 1965 que subrogó el artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo**

Los diferentes numerales de la norma enunciada, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en las sentencias C-567 de 2000 y C-063 de 2008. La sentencia C-567 de 2000 declaró inexecutable los numerales 1 y 3, que a la letra disponían:

“Artículo 357. Modificado por el artículo 26 del decreto 2351 de 1965. Representación sindical

1. En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión. (...)

3. Si ninguno de los sindicatos agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación corresponderá conjuntamente a todos ellos. El Gobierno reglamentará la forma y modalidades de esta representación”.

En esta providencia, la Corte analizó si al prohibir la coexistencia de más de un sindicato de base en una misma empresa, se vulneraban los derechos constitucionales a la igualdad, artículo 13 de la Carta, y a la libertad sindical, consagrada en los artículos 38 y 39 de la Constitución y el Convenio 87 de la OIT.

Al comparar el mencionado numeral 1o con la Constitución Política y el convenio 87 de la OIT, la Corte concluyó que dicha norma contiene una limitación al derecho de los trabajadores a establecer las organizaciones sindicales que consideren convenientes. Luego de estudiar el artículo 39 de la Constitución, que garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos, y el Convenio 87 de la OIT, artículo 2°, que dice que todos los trabajadores, sin ninguna distinción tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, afirmó que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la Constitución de 1991.

Respecto al numeral 3, dijo la Corte, que si un grupo de trabajadores constituye y se afilia a un sindicato, este, para la efectividad del ejercicio del derecho de asociación sindical, tiene la

representación de tales trabajadores, y por ello resulta violatorio del artículo 39 de la Constitución, que la ley imponga que esa representación deba necesariamente ejercerla “conjuntamente” con otro u otros sindicatos, si ninguno agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, pues se afecta de manera grave la autonomía sindical.

En la sentencia C-063 del 2008, la Corte se ocupó del estudio de la constitucionalidad del numeral 2° del artículo 26 del decreto legislativo 2351 de 1965, cuyo texto era del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 357, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 26 DEL DECRETO 2351 DE 1965. REPRESENTACIÓN SINDICAL. (...) 2. Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa”.

Interpretó el Alto Tribunal, que la disposición demandada debía ser declarada inexecutable por cuanto atribuía al sindicato mayoritario, de manera exclusiva, la plenitud de las facultades reseñadas en el Código Sustantivo del Trabajo, es decir, estaba autorizado para presentar pliegos de peticiones, y en caso de existir convención colectiva que regulara las condiciones de los asociados, estaba autorizado para denunciarla, etc. Enfatizó la Corte que:

“...el derecho de asociación sindical comprende la garantía de autonomía de las organizaciones sindicales, para lo cual se les debe brindar las condiciones indispensables a fin de que puedan actuar efectivamente con toda independencia y promover con eficacia los intereses de sus afiliados. En dicha medida, el derecho de los trabajadores de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo, como elemento esencial de la libertad sindical, implica la autonomía de las organizaciones sindicales para presentar pliegos de peticiones y de negociarlos de manera libre, a través de sus propios representantes”.

Frente a los argumentos de los defensores de la constitucionalidad de la norma, relacionados con la atomización de negociaciones que se generaría por la exclusión del ordenamiento jurídico de la norma en cita y el desmedro que ello conllevaría para la seguridad jurídica, dice la sentencia:

“La Corte no comparte tales aseveraciones por cuanto considera que la exclusión del ordenamiento jurídico de la norma acusada no habría de conducir a la atomización de las negociaciones y al desmedro de la seguridad jurídica de las relaciones laborales, ya que no se trataría de multiplicar las negociaciones y las convenciones en función del número de sindicatos coexistentes, sino de asegurar la participación directa de cada uno de tales sindicatos en las negociaciones que conduzcan a la suscripción de la correspondiente convención colectiva de trabajo”.

Concluyó el Tribunal Constitucional que la disposición demandada restringía a los sindicatos minoritarios el derecho a la negociación colectiva de manera irrazonable y desproporcionada, lo que resulta incompatible con lo dispuesto en los artículos 39, 55 y 93 de la Constitución.

Recordó que el derecho de asociación sindical ha sido calificado por la jurisprudencia constitucional como un “derecho subjetivo, de carácter voluntario, relacional e instrumental”<sup>1</sup> que entre otros, comporta el derecho de vincularse a la organización que represente e interprete más fielmente los derechos y los intereses de cada individuo, lo que implica su real y efectivo ejercicio, que se materializa a través de la negociación colectiva. Así las cosas, declaró inexecutable la norma.

Del recuento jurisprudencial se concluye que el derecho de asociación sindical apareja la posibilidad de existencia de varios sindicatos de base en una misma empresa, organizaciones que individualmente gozan de autonomía, que implica la capacidad de intervenir independientemente en la negociación colectiva. Dicha negociación comprende la posibilidad de presentar pliegos de peticiones, adelantar actuaciones tendientes a fijar las condiciones que habrán de regir las relaciones entre trabajadores y empleadores, y celebrar convenciones colectivas.

### **C. La derogatoria del decreto ley 904 de 1951 y coexistencia de convenciones colectivas en una misma empresa**

El decreto ley 904 de 1951 establece:

“Artículo 1°. No puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieren varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario”.

Se trata de un decreto ley que según la información obtenida por la Sala, tanto en la Corte Constitucional como en la Corte Suprema de Justicia, no ha sido demandado, ni en consecuencia declarado inexecutable.

Es pertinente precisar que el decreto ley 904 de 1951 fue expedido dentro del contexto normativo según el cual no era permitida la coexistencia de dos o más sindicatos en una empresa, como sucedía por ejemplo con la Ley 6ª de 1945 por medio de la cual, en palabras de la propia Corte Constitucional “se introdujo por primera vez, la idea de que en una empresa no podrían coexistir dos o más sindicatos, y que de ser el caso de que ello ocurriera, subsistiría el sindicato de empresa mayoritario que además tendría la representación de los afiliados en todas las relaciones de trabajo”.

En igual sentido, el artículo 357 del CST, en su redacción inicial, establecía que “dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”<sup>2</sup>

---

1 Sentencia T-656 de 2004.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-668 de 2008, p. 15.

En idéntica forma se pronunció el decreto legislativo 2351 de 1965 cuyo artículo 26, también prohibió la coexistencia de sindicatos en una misma empresa, razón por la que la Corte Constitucional afirmó en la sentencia C-668 de 2008, que esta norma derogó tácitamente el artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo.

De conformidad con las sentencias referidas en el acápite anterior, en las que se declaró la inexecutable del artículo 26 del decreto legislativo 2351 de 1965 y las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se citan a continuación, la Sala considera que se ha producido la derogatoria del decreto ley 904 de 1951, pues ambas corporaciones coinciden en reconocer que de conformidad con los principios y disposiciones contenidos en los convenios OIT, en particular el Convenio 154; y en la Constitución Política de Colombia, no solo es posible reconocer la coexistencia de varios sindicatos de base, sino que ello supone la garantía de autonomía para presentar pliegos de peticiones y negociarlos de manera libre, a través de sus propios representantes, negociación que puede terminar con una convención colectiva.

En efecto, se encuentra que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de las sentencias de la Corte Constitucional anteriormente expuestas, ha venido sosteniendo lo siguiente:

En sentencia del 29 de abril de 2008, radicado 33988, dijo:

“El nuevo panorama que hoy se muestra para asuntos como el analizado, ante la decisión de inexecutable (sic) proferidas por la Corte Constitucional, indica que en materia de representación sindical y para los efectos de la negociación y de la contratación colectiva, cada sindicato la tiene por sí mismo y ello supone que tienen titularidad y legitimidad para promover y llevar hasta su terminación un conflicto colectivo económico.

(...) la preceptiva que contiene el artículo 1° del Decreto 904 de 1951, no puede considerarse como un obstáculo para el ejercicio del derecho de contratación colectiva por parte de los sindicatos minoritarios, o que uno de estos, por ejemplo, el que primero presente un pliego de peticiones e inicie un conflicto colectivo que alcance solución legal, prive a los demás de obtener mejoras en sus condiciones de trabajo a través de los conflictos colectivos bajo el supuesto de que en una empresa no puede existir más de una convención colectiva de trabajo de acuerdo con la última disposición mencionada.

El criterio anterior queda ratificado con la reciente sentencia C-063 de 2008, mediante la cual se declaró inexecutable el numeral 2° del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, pues al desaparecer en su totalidad el citado precepto por las decisiones de inexecutable mencionadas, la representación sindical quedó en manos de cada una de las organizaciones sindicales que como tales tienen plena autonomía en materia de negociación y de contratación colectiva”.

Asimismo, en sentencia del 28 de abril de 2009, expediente 39468, anotó:

“Sobre la argumentación del recurrente, según la cual en una empresa no puede coexistir más de una convención colectiva de trabajo al tenor de lo dispuesto en el Decreto 904 de 1951, debe recordarse que dicho criterio fue revaluado por la Corte, como puede verse en la sentencia de anulación del 29 de abril de 2008, radicación 33988, en la que se analizó las con-

secuencias de las declaratorias de inexecutable que profirió la Corte Constitucional con respecto al artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, que regulaba los casos de representación sindical y cuyo ordenamiento desapareció como consecuencia de las aludidas decisiones”.

Recientemente, en sede de tutela, la Corte Constitucional señaló que “es importante aclarar que en una misma empresa pueden existir más de dos sindicatos y por ende varias convenciones colectivas, según la jurisprudencia y la ley para así salvaguardar el derecho a la asociación sindical y la libertad de creación de las mismas”<sup>3</sup>

De lo expuesto, se concluye que el decreto ley 904 de 1951, que establece que no puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa, es contrario a los derechos de asociación, libertad sindical y negociación colectiva consagrados en los artículos 38, 39 y 55 de la Constitución Política, y los Convenios 87 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo, razón de más para sustentar su derogatoria.

En suma, en criterio de la Sala es posible que existan tantas convenciones colectivas como sindicatos haya en una empresa, convenciones que son independientes entre sí.

#### **D. El inicio de conversaciones para la negociación del pliego de peticiones**

Según el artículo 433 del CST, la negociación del pliego de peticiones impone la obligación para los empleadores de dar inicio a las conversaciones, para lo cual deben recibir a los delegados de los trabajadores, iniciación que en la etapa de arreglo directo, no puede diferirse por más de 5 días hábiles a partir de la presentación del pliego.

Pues bien, como se ha anotado en este concepto, es posible la existencia de varios sindicatos de base en una misma empresa, los que individualmente pueden intervenir de manera independiente en la negociación colectiva, que involucra el derecho a presentar pliegos de peticiones, participar en conversaciones y celebrar convenciones colectivas.

Lo anterior aunado a que es viable jurídicamente la pertenencia de un trabajador a varios sindicatos<sup>4</sup>, y que se admite la coexistencia de varias convenciones colectivas en una empresa, lleva a que la Sala concluya que un empleador no puede negarse a negociar con un

3 Corte Constitucional. Sentencia T-251 de 2010

4 El artículo 360 del CST disponía: “Se prohíbe ser miembro a la vez de varios sindicatos de la misma clase o actividad”. No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-797 de 2000 lo declaró inexecutable previas las siguientes consideraciones: “Según el artículo 360 se prohíbe ser miembro a la vez de varios sindicatos de la misma clase o actividad. La prohibición mencionada no tiene justificación constitucional por las razones que se explican a continuación: - En consideración a las clases de sindicatos que pueden organizarse según el art. 356, la norma indicaría que una persona no puede al mismo tiempo ser miembro de dos sindicatos de base, gremiales, de industria o de oficios varios. - Como en una empresa sí pueden existir dos o más sindicatos de base según lo decidió la Corte al declarar inexecutable en la Sentencia C-567/2000 los numerales 1 y 3 del art. 26 del decreto legislativo 2351 de 1965, el trabajador en ejercicio de la libertad positiva de asociación puede afiliarse a los sindicatos de base existentes en ellas. También puede hacerlo, por consiguiente, cuando se trata de dos o más empresas y se presenta la coexistencia de contratos. - En el evento de dos sindicatos gremiales o de industria, en principio, no existe impedimento para que el trabajador haga parte de ellos, en el evento de que el trabajador pertenezca al gremio o industria correspondientes. En el caso de los sindicatos de oficios varios, los requisitos señalados para su existencia excluyen per se la existencia de estos en un mismo lugar, pues la letra d) del art. 356 dice que esta clase de sindicatos “solo pueden formarse en los lugares en donde no haya trabajadores de una misma actividad, profesión u oficio en número mínimo requeridos para formar uno gremial, y solo mientras subsista dicha circunstancia”, lo cual es explicable. Por lo demás, la restricción carece de efectos jurídicos prácticos, en la medida en que no existe ningún tipo de consecuencia jurídica o sanción, toda vez que la preceptiva demandada ni ninguna otra establecen sanción al trabajador que la desconoce. Aparte de lo expresado, considera la Corte, que según el Convenio 87 de la OIT y lo establecido en el art. 39, una restricción de esta naturaleza viola el derecho de la libertad sindical, por la circunstancia de que no existe razón objetiva y seria, y legítima desde el punto de vista constitucional que justifique la referida disposición”.

sindicato, so pretexto de que gran parte de sus afiliados a su vez cuentan con afiliación a otro, con el cual ya se ha firmado una convención.

Desde luego, que como no puede existir un abuso del derecho, deberían implementarse las reglas sobre la aplicación de las convenciones, que a continuación se explican.

### **E. Las convenciones colectivas de trabajo y su aplicación de acuerdo a los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo**

El artículo 467 del CST define las convenciones colectivas como “la(s) que se celebra(n) entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia”.

Por su parte, la jurisprudencia las considera como un mecanismo destinado a dar solución a los conflictos colectivos y precaver la huelga, además de que fijan las condiciones que regirán los contratos de trabajo, siempre que se celebren entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales, por la otra<sup>5</sup>.

Esta Sala recuerda que ya la Corte Suprema de Justicia ha efectuado un desarrollo sobre las posibles aplicaciones de las convenciones colectivas a los trabajadores, dentro del marco de los artículos 470 y 471 del CST, teniendo como premisas: i) que resulta viable jurídicamente la pertenencia de un trabajador a varios sindicatos, y ii) que se admite la coexistencia de varias convenciones colectivas en una empresa.

El máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, ha dicho<sup>6</sup>:

“Así las cosas, en lo que tiene que ver con el marco de aplicación de la convención colectiva de trabajo que regulan los artículos 470 y 471 del C. S. del T. (subrogados por los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965), los cuales guardan relación con el número de afiliados que tenga una organización sindical, pueden desprenderse varias hipótesis:

1. Cuando los afiliados a un sindicato no excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, sabido es que la convención colectiva que se expide solamente es aplicable a los miembros de la asociación sindical que la suscribió, pudiendo ser beneficiarios de la misma los trabajadores que se adhieran a sus disposiciones o los que ingresen posteriormente al sindicato. Frente a esta eventualidad, en el caso de la suscripción de convenciones colectivas por sindicatos minoritarios, los no añilados a una organización sindical que hubiera suscrito una convención colectiva, pueden ampararse por ella bien por adhesión a su contenido o ya porque se afilien a dicha organización.

2. Cuando los afiliados a un sindicato exceden de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, es definido que la convención colectiva de trabajo se extiende a todos los trabajadores de la empresa sean o no sindicalizados.

5 Corte Constitucional. Sentencia SU-342 de 1995.

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 29 de abril del 2008. Expediente 33988.

Pero en los casos anteriores, debe reiterar la Corte que los trabajadores no pueden recibir duplicidad o multiplicidad de beneficios, sino solo aquellos de la convención que libremente escojan y que mejor les convenga a sus intereses económicos, pues la amplitud que hoy les ofrece la legislación positiva no puede convertirse en una carga excesiva para los empleadores, destacando que de acuerdo al artículo 1° del C. S. del T., la finalidad del estatuto sustantivo laboral es el de lograr *“la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”*, principio que se vería afectado y vulnerado si se permitiese la aplicación de todos los convenios colectivos de trabajo en su integridad a un trabajador que es afiliado a las varias organizaciones sindicales que suscribieron tales acuerdos”.

En esta solución advierte la Sala una aparente contradicción entre el artículo 471 del CST que prevé la extensión de las convenciones suscritas por sindicatos mayoritarios, y el desarrollo jurisprudencial que sostiene que es viable la coexistencia de sindicatos en una empresa, con autonomía y capacidad para intervenir de manera independiente en una negociación colectiva y suscribir su propia convención.

En efecto, parecería que si se extienden los efectos de las convenciones en las que sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, a los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados, quedarían sin eficacia las demás convenciones que pudieran coexistir en la empresa.

Empero, para esta Sala, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para buscarle un efecto útil y razonable, el artículo 471 del CST debe interpretarse en el sentido de que a falta de escogencia de una convención celebrada por un sindicato específico, se extenderá al trabajador los efectos de la convención en que fue parte el sindicato que agrupaba más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa.

## **F. Vigencia y denuncia de las convenciones colectivas**

Según el artículo 477 del Código Sustantivo del Trabajo, la duración de las convenciones colectivas es la expresamente estipulada en ellas o la que resulte de la naturaleza de la obra o trabajo. Si no se puede establecer tales circunstancias, se presumen celebradas por términos sucesivos de 6 en 6 meses. Dice la norma:

“ARTÍCULO 477. PLAZO PRESUNTIVO. Cuando la duración de la convención colectiva no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o trabajo, se presume celebrada por términos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 478 *ibídem*, a menos que se hayan pactado normas diferentes en la respectiva convención colectiva, si dentro de los 60 días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de 6 en 6 meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación. Reza así la disposición mencionada:

**ARTÍCULO 478. PRÓRROGA AUTOMÁTICA.** A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

Por su parte, el artículo 479 ejusdem, establece:

“ARTÍCULO 479. DENUNCIA.

1. Para que sea válida la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo, si se hace por una de las partes, o por ambas separadamente, debe presentarse por triplicado ante el Inspector del Trabajo del lugar, y en su defecto, ante el Alcalde, funcionarios que le pondrán la nota respectiva de presentación, señalando el lugar, la fecha y la hora de la misma. El original de la denuncia será entregado al destinatario por dicho funcionario, y las copias serán destinadas para el Departamento Nacional de Trabajo y para el denunciante de la convención.

2. Formulada así la denuncia de la convención colectiva, esta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención”.

La denuncia es una manifestación del ejercicio de las facultades que emanan del derecho a la negociación colectiva, que expresa la voluntad de cualquiera de las partes de la relación laboral, de dar por terminada la convención colectiva de trabajo, pero que no afecta la continuidad de la misma mientras se firma una nueva<sup>7</sup>. Así las cosas y como es posible que existan varias convenciones en una empresa, no es necesario que se proceda a denunciar las convenciones vigentes suscritas por otros sindicatos, para que cada sindicato pueda negociar y suscribir una propia, así se trate de un sindicato recién creado.

## **G. Los tribunales de arbitramento**

Dice el artículo 452 modificado por el artículo 19 de la Ley 584 de 2000:

“ARTÍCULO 452. PROCEDENCIA DEL ARBITRAMENTO. 1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio:

a) Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos esenciales y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo;

Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 444 de este Código;

---

7 Corte Constitucional. Sentencia C 1050 de 2001.



Los conflictos colectivos del trabajo de sindicatos minoritarios, siempre y cuando la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa no hayan optado por la huelga cuando esta sea procedente.

Los conflictos colectivos en otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes”.

Es sabido, que los conflictos colectivos se inician con la presentación del pliego de peticiones, y finalizan bien con la suscripción de la convención colectiva, o bien con el fallo arbitral. Si jurídicamente se admite la existencia de varios sindicatos, incluso de base, en una empresa, y si cada uno de ellos está legitimado para presentar pliegos de peticiones, lo lógico es que a la terminación del conflicto colectivo se produzca un fallo arbitral o se suscriba una convención para cada uno de ellos.

Sin embargo, según el citado artículo 452 del CST, modificado por la Ley 584 de 2000, serán sometidos a arbitramento obligatorio:

Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos esenciales y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo;

Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 444 del Código<sup>8</sup>:

c) Los conflictos colectivos del trabajo de sindicatos minoritarios, siempre y cuando la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa no hayan optado por la huelga cuando esta sea procedente.

Los conflictos colectivos en otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes.

### **LA SALA RESPONDE:**

1. ¿En la actualidad se encuentra vigente el Decreto 904 de 1951?

Como se explicó en la parte considerativa, los principios y disposiciones de la Constitución Política de 1991 y los convenios de la OIT, producen la derogatoria del decreto ley 904 de 1951.

2. Con fundamento en la declaratoria de inexecutable de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el decreto ley 2351 de 1965, ar-

8 “ARTÍCULO 444. DECISIÓN DE LOS TRABAJADORES. Artículo modificado por el artículo 61 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta, personal e indelegable, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores.

Para este efecto, si los afiliados al sindicato o sindicatos mayoritarios o los demás trabajadores de la empresa, laboran en más de un municipio, se celebrarán asambleas encada uno de ellos, en las cuales se ejercerá la votación en la forma prevista en este artículo y, el resultado final de esta lo constituirá la sumatoria de los votos emitidos en cada una de las asambleas.

Inciso modificado por el artículo 17 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Antes de celebrarse la asamblea o asambleas, las organizaciones sindicales interesadas o los trabajadores, podrán dar aviso a las autoridades del trabajo sobre la celebración de las mismas, con el único fin de que puedan presenciar y comprobar la votación.

título 26, ¿Hoy es posible afirmar que, pueden existir tantas convenciones como sindicatos subsistan en una misma empresa?

Sí es posible que existan tantas convenciones colectivas como sindicatos haya en una empresa.

2.1. De ser la respuesta afirmativa, ¿las convenciones colectivas de trabajo se aplicarían de forma independiente a los trabajadores de cada sindicato?

De acuerdo con las consideraciones expuestas, las convenciones colectivas se aplican de forma independiente a los trabajadores de cada sindicato.

2.2. ¿Cómo operaría la aplicación de las convenciones dependiendo de si son celebradas por un Sindicato Mayoritario o un Sindicato Minoritario, de acuerdo a los artículos 470 y 471 modificados por los artículos 37 y 38 del decreto ley 2351 de 1965?

Cuando un sindicato minoritario hubiese suscrito una convención colectiva, los trabajadores no afiliados al mismo pueden beneficiarse de ella, bien por adhesión a su contenido o por afiliación a la organización. De acuerdo a la parte considerativa de este concepto, cuando un sindicato mayoritario que tenga un número de afiliados que exceda la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, suscriba una convención colectiva, los efectos de esta se extienden a aquellos trabajadores de la empresa, sean o no sindicalizados, que omitan acogerse a una convención suscrita por un sindicato específico.

2.3. ¿Sería posible que un trabajador alegara el principio de favorabilidad para que le fuera aplicado un beneficio convencional contenido en una convención distinta a la firmada por el sindicato al que se haya afiliado?

En principio, los afiliados son beneficiarios de la convención que suscriba el sindicato al cual pertenezcan. Empero, en caso de que un trabajador esté afiliado a varios sindicatos, y existan varias convenciones suscritas, podrá escoger el convenio que más le convenga.

2.4. ¿Será viable que un trabajador miembro de varios sindicatos, acceda a la totalidad o a una parte de los beneficios consagrados en las convenciones firmadas por cada una de las organizaciones sindicales de las que hace parte?

No es viable, el trabajador deberá escoger la convención que más le convenga, y no podrá beneficiarse simultáneamente de varias.

2.5. ¿Cada una de las convenciones tendría vigencias independientes?

Sí, cada convención colectiva tiene vigencia independiente.

2.6. ¿Deberían ser convocados Tribunales de Arbitramento Obligatorio de forma independiente para cada sindicato? Y por ende ¿podría haber tantos laudos arbitrales como sindicatos haya en una misma empresa?

Sí, debido a que es admisible jurídicamente la existencia de varios sindicatos en una empresa, y a que cada uno de ellos está legitimado para iniciar el conflicto colectivo, en los casos que la ley prevé, podría darse la convocatoria de un tribunal de arbitramento para cada uno de ellos.

3) Dentro del contexto citado y conforme a los Convenios 84, 98, 154 de la OIT y artículos 39, 53, 55 C. P. ¿Está obligado un empleador a negociar el pliego de peticiones presentado por un sindicato, pese a no encontrarse dentro de los términos dispuestos por el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, para efectuar la denuncia de la convención colectiva vigente en la empresa?

Para responder este interrogante, del contexto de la consulta, la Sala asume que se refiere al pliego de peticiones presentado por un sindicato diferente a aquel que ya ha suscrito una convención colectiva que aún está vigente. Así las cosas, el empleador está obligado a negociar el nuevo pliego de peticiones que se presente por parte de un sindicato, independientemente de los términos señalados en el artículo 478 del CST para la denuncia de convenciones vigentes acordadas con otros sindicatos.

4. Un sindicato recién creado y que no ha suscrito convención colectiva con una empresa ¿Está obligado a efectuar la denuncia de la o las convenciones vigentes en la empresa respectiva?

Un sindicato recién creado, y que no ha suscrito convención colectiva con una empresa, no está obligado a denunciar las convenciones vigentes para que pueda negociar y suscribir una propia.

5. ¿Podría un empleador, en el contexto del artículo 433 del CST, subrogado por el artículo 27 del decreto ley 2351 de 1965, argumentar para negarse a negociar con un sindicato, que este se encuentra compuesto por la totalidad o gran parte de los trabajadores de otra(s) organización (es) sindicales) con la(s) cual(es) ya ha firmado una convención, y por tanto existiría un abuso del Derecho a la Libertad Sindical y Negociación Colectiva?

Un empleador no puede negarse a negociar con un sindicato, por la sola circunstancia de que la totalidad o gran parte de sus afiliados pertenecen a otra organización sindical con la cual ya se ha firmado una convención.

6. ¿Cómo sería posible jurídicamente dar cumplimiento a lo señalado por la Corte Constitucional, cuando en el pronunciamiento efectuado en la sentencia C-063 de 2008 y reiterado en la sentencia C-668 de 2008, dispuso que la declaratoria de inexecutable del Artículo 357 CST, no debería “multiplicar las negociaciones y las convenciones en función del número de sindicatos coexistentes” sino asegurar la participación directa de las organizaciones para la suscripción de la “correspondiente convención colectiva”?”

Las consideraciones señaladas por la Corte Constitucional, deben interpretarse dentro del contexto integral de la sentencia.

Remítase al señor Ministro del Trabajo 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.

11. Conjueces. Naturaleza jurídica y competencia para fijar su remuneración.

### **Radicado 2303**

Fecha: 09/11/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 29 de noviembre de 2016

El Ministerio de Justicia consulta a esta Sala sobre la naturaleza jurídica de los conjueces y la competencia para fijar su remuneración.

### **I. Antecedentes**

Según el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. La figura de los conjueces se remonta al decreto ley 2204 de 1969, por el cual se dictaron normas relacionadas con los auxiliares y colaboradores de la justicia. Su artículo 23 estableció de forma expresa que cada dos (2) años “el Gobierno nacional regulará lo relativo al arancel y remuneración de los conjueces”.

Con base en este decreto ley se expidió a su vez el Decreto Reglamentario 2266 de 1969, que estableció en ese momento unas remuneraciones fijas en pesos para los conjueces, las cuales, sin embargo, nunca fueron actualizadas.

2. Posteriormente, se expidió el decreto ley 1265 de 1970, antiguo estatuto orgánico de la administración de justicia, el cual nuevamente señaló que “los servicios que prestan los conjueces serán remunerados por el Tesoro Nacional conforme a la tarifa señalada en el reglamento que el Gobierno expida cada dos años”. No obstante, este estatuto tampoco fue desarrollado ni se utilizó para actualizar los honorarios de los conjueces.

3. En la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) se regula de manera general la figura de los conjueces. En particular se dispone que serán designados de acuerdo con las normas procesales y los reglamentos de las corporaciones judiciales, que deberán cumplir los mismos requisitos exigidos para desempeñar los cargos en propiedad y que “sus servicios serán remunerados” (artículo 61).

4. Por otra parte, el artículo 85 de la misma Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le corresponderá “establecer el régimen y la remuneración de los auxiliares de la justicia”. En desarrollo de lo anterior, el Acuerdo 108 de 1997 de dicha Sala establece que “los servicios que presten los conjueces serán remunerados conforme a la tarifa que señale la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con cargo al Tesoro Nacional”. No obstante, estas tarifas tampoco han sido fijadas por esa Sala del Consejo Superior de la Judicatura.

5. A su vez, la Ley 4ª de 1992 le asigna al Gobierno nacional la competencia para fijar la remuneración de los empleados de la rama judicial, función esta que se ha ejercido sin incluir o hacer mención a los honorarios de los conjuces.

6. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo también se refiere a la figura de los conjuces para señalar que suplirán las faltas de los magistrados por impedimento o recusación, dirimirán los empates que se presenten en las diversas salas del Consejo de Estado e intervendrán para completar las mayorías decisorias cuando estas no se hubieren logrado (artículo 115). Además, también establece expresamente que “sus servicios serán remunerados” (ibidem).

7. En algunos pronunciamientos judiciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se hace referencia al carácter de servidores públicos transitorios de los conjuces y al derecho que tienen a una remuneración. Sin embargo, dice el organismo consultante, “a pesar de que la norma estatutaria de administración de justicia y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contienen el derecho de los conjuces a obtener una remuneración por sus servicios prestados, a la fecha no se ha expedido un régimen tarifario que regule el asunto, más aún no existe claridad sobre el órgano competente para su expedición”.

Con base en lo anterior, se formulan las siguientes PREGUNTAS:

“1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la figura de los conjuces?”

2. ¿Cuál es el órgano competente para establecer el régimen de remuneración aplicable a los conjuces?”

3. De estar vigente el Decreto 2266 de 1969, por medio del cual se reglamentó el artículo 23 del decreto ley 2204 de 1969, ¿cuál es el órgano competente para actualizar la remuneración de los conjuces?”

## **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:**

### **1. Planteamiento del problema jurídico**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la presente consulta gira en torno de dos preguntas centrales (i) la naturaleza jurídica de la figura de los conjuces y (ii) la autoridad competente para establecer su remuneración.

Según la consulta, la respuesta a la primera pregunta es esencial para abordar el segundo interrogante, pues si se considera que los conjuces son “auxiliares de la justicia”, debería concluirse necesariamente que la competencia para establecer su remuneración es del Consejo Superior de la Judicatura, como lo establece la Ley 270 de 1996 para esa clase de oficios. En caso contrario –que los conjuces no tengan tal condición de auxiliares de la justicia sino

una naturaleza jurídica distinta–, la competencia podría ser del Gobierno nacional según la Ley 4 de 1992 o del Decreto 2262 de 1969, si este último aún se considerara vigente.

Para responder estos interrogantes la Sala revisará (i) el marco jurídico que rige la figura de los conjuces, (ii) su naturaleza jurídica y (iii) la vigencia de las normas que regulan la competencia para fijar su remuneración. Con base en ello responderá los interrogantes planteados por el organismo consultante.

## 2. Marco jurídico aplicable a los conjuces

2.1 El origen de la figura en las primeras leyes de procedimiento del siglo XIX: la función de los conjuces y el derecho a la remuneración mediante el pago de las tarifas establecidas directamente por el legislador

La figura de los conjuces tiene una larga tradición en el derecho nacional, que se remonta incluso a las primeras leyes de procedimiento expedidas en Colombia a principios del siglo XIX, en las que se establecía que habría conjuces encargados de completar los quóruns judiciales y reemplazar a magistrados impedidos o recusados (artículos 1º de la Ley 7ª de 1838 sobre nombramiento de conjuces y 4º de la Ley 4ª de 1840 de reforma judicial). Para el desempeño de esa labor se debían cumplir los mismos requisitos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales, según el caso (artículo 8º de la Ley 1ª de 1834 Orgánica de los Tribunales y Juzgados), y se aplicaban los mismos impedimentos establecidos para el ejercicio de la función judicial (artículos 5º y 18 de la Ley 5ª de 1842, sobre impedimentos y recusaciones de los jueces).

Posteriormente, el Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia<sup>1</sup>, adoptado para la República de Colombia por la Ley 57 de 1887, sistematizó las normas aplicables a los Conjuces y reguló de manera detallada:

(i) la forma de elaborar las listas de conjuces y su publicidad (artículos 51, subrogado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1910, y 57);

(ii) la imposibilidad de que fueran designados conjuces los empleados de la rama ejecutiva, judicial o legislativa o del Ministerio Público (artículo 52);

(iii) lo relativo a su función: “los conjuces sirven para reemplazar a los Magistrados que sean recusados o estén impedidos en alguna causa o negocio, y para dirimir en caso de empate, las discordias entre los Magistrados” (artículo 53);

(iv) la sujeción a los mismos deberes, impedimentos y responsabilidades de los jueces (artículos 54 y 60);

(v) el hecho de ser cargos de forzosa aceptación (artículo 58); y

(vi) la forma de designación en cada proceso particular (artículos 55, 56 y 57).

---

1 Ley 76 del 19 de mayo de 1872.

Adicionalmente, se expidió en su momento la Ley 72 de 1890, en la cual se estableció que los conjueces, si bien no devengaban salario, si tenían derecho a honorarios por su labor. A este efecto, el propio legislador fijaba las tarifas que se debían reconocer, así:

“Artículo 3. Los Conjueces de la Corte Suprema o de los Tribunales no devengarán sueldo; pero gozarán de estos honorarios: por la sentencia definitiva, treinta pesos; por la lectura del expediente, diez centavos por cada hoja; por la asistencia a las audiencias o conferencias, un peso por cada hora. Honorarios que se les satisfarán del Tesoro de la Nación”. (Se resalta).

Paralelamente, la Ley 130 de 1913 sobre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, establecía que el Tribunal Supremo conformaría una lista de seis Conjueces “destinados a llenar las faltas de los Magistrados en los casos de impedimento o de recusación, y a intervenir en las decisiones, en los casos de empate”; además señalaba que serían comunes a estos conjueces “las disposiciones del Código Judicial relativas a los de la Corte Suprema de Justicia y tienen aquellos la misma remuneración señalada a estos” (artículo 15). De este modo, desde esta primera etapa de la legislación procesal nacional se reconoce el derecho de los conjueces a percibir una remuneración por sus servicios, tanto en la jurisdicción ordinaria, como en la contencioso administrativa.

2.2 Los conjueces en el Código Judicial de 1931 y en la Ley 167 de 1941: se mantiene la figura y el derecho a percibir honorarios según las tarifas fijadas por el legislador

El Código Judicial de 1931 (Ley 105), reproduce en esencia la regulación contenida en el estatuto procesal de 1887 (conformación de listas, funciones, requisitos, impedimentos, designación, etc.)<sup>2</sup> e incorpora en su texto lo relativo a la remuneración de los conjueces que traía la Ley 72 de 1890, así:

“Artículo 65. Los Conjueces no devengan sueldo, pero gozan de estos honorarios pagados por el Tesoro Nacional: por sentencia definitiva, \$ 30; por cualquiera otra providencia, \$ 20; por la asistencia a las audiencias y conferencias, \$2 por cada hora”. (Se resalta).

A su vez, la Ley 167 de 1941 de organización de la jurisdicción contencioso administrativa, reproduce lo que en su momento disponía la Ley 130 de 1913 sobre la conformación de listas de conjueces en el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos para suplir las faltas de sus miembros “en los casos de impedimento, recusación o empate en las decisiones” (artículo 11). Además se mantuvo la disposición relativa a que serían comunes a dichos conjueces “las disposiciones del Código Judicial relativas a los de la Corte Suprema de Justicia, y gozarán de la remuneración acordada a estos” (artículo 18).

Se ratifica entonces en estos estatutos procesales de la primera mitad del Siglo XX el derecho de los conjueces a una remuneración, cuya cuantía estaba regulada de manera integral en el Código Judicial, al cual se remitían además, para tales efectos, las normas reguladoras del proceso contencioso administrativo.

---

2 El capítulo de conjueces pasa a ser el VI, artículos 57 a 67.



2.3 Las reformas procesales derivadas de la Ley 4ª de 1969: se mantiene la figura de los conjuces y el derecho a una remuneración, pero la fijación de su monto pasa a ser competencia del Gobierno nacional a través de reglamento

Con la expedición de la Ley 4ª de 1969, que concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para revisar “el Código Judicial y el proyecto sustitutivo que se halla a la consideración del Congreso Nacional, y expida y ponga en vigencia el Código de Procedimiento Civil”, la figura de los conjuces queda regulada en tres disposiciones distintas:

a) El Decreto Extraordinario 2204 de 1969, “por el cual se dictan normas relacionadas con los auxiliares y colaboradores de la justicia, práctica de diligencias, arancel y remuneración de Conjuces”: este decreto se ocupó de manera específica de la remuneración de los conjuces, pero a diferencia de lo que establecía la normatividad anterior, se delegó en el Gobierno la competencia para fijar las respectivas tarifas:

“Artículo 23. Cada dos años, de conformidad con las circunstancias y consultando la opinión judicial, el Gobierno regulará lo relativo al arancel y a la remuneración de los Conjuces”. (Se resalta).

Esta disposición es particularmente importante para esta consulta, pues como se verá más adelante, no ha sido derogada expresamente por otras normas posteriores. Además, en virtud de este artículo 23, se expidió el Decreto Reglamentario 2266 de 1969 que fija unas tarifas fijas en pesos a favor de los conjuces (hoy desactualizadas) y por cuya vigencia y competencia para su actualización también se consulta (pregunta 3).

b) El Decreto Extraordinario 1265 de 1970 o Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia: incorporó en lo fundamental las disposiciones sobre conjuces anteriormente contenidas en el Código Judicial (conformación de listas, requisitos, responsabilidades, impedimentos y designación de conjuces) y reiteró que la función de los conjuces es reemplazar “a los Magistrados que queden separados del conocimiento de un negocio por impedimento o recusación” o “en caso de empate” (artículo 16-2). Además, en concordancia con el Decreto Extraordinario 2204 de 1969 antes citado, señaló que la remuneración de los servicios de los conjuces sería fijada bianualmente por el Gobierno nacional:

“Artículo 18 (...) Los servicios que prestan los conjuces serán remunerados por el Tesoro Nacional conforme a la tarifa señalada en el reglamento que el Gobierno expedirá cada dos años”. (Se resalta).

c) El Decreto 1400 de 1970 o Código de Procedimiento Civil: solo conservó algunas referencias aisladas a los conjuces en las normas relativas al trámite de los impedimentos y recusaciones.

En este mismo periodo de la evolución normativa (aunque no derivado de la Ley 4ª de 1969) puede ubicarse el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo, que hace una referencia general a las calidades para ser conjuce (las mismas exigidas para ser consejero de Estado) y ratifica que “llenarán las faltas de los consejeros por impedimentos o recusación, dirimirán los empates que se presenten en las Salas Plena de lo Contencioso

Administrativo y de Consulta y Servicio Civil e intervendrán en las mismas, para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiera logrado” (artículo 99). En lo demás, estableció que los conjuces se regirían por lo dispuesto en el artículo 16 del decreto-ley 1265 de 1970.

Se observa entonces que en esta etapa de la evolución normativa, la figura de los conjuces conserva sus elementos esenciales, pero con un cambio importante en lo relativo a su remuneración, pues si bien se mantiene la regla de que se trata de servicios remunerados, su cuantía pasó a ser un asunto de reglamento y no de ley. A partir de este momento surgió entonces una competencia específica y expresa en el Gobierno nacional, para fijar periódicamente las tarifas de los conjuces.

#### 2.4 La regulación de la figura en la ley estatutaria de administración de justicia y en los actuales códigos procesales

En la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de Administración de Justicia la figura de los conjuces aparece regulada en el artículo 61 que establecen lo siguiente:

“Artículo 61. De los conjuces. Serán designados conjuces, de acuerdo con las leyes procesales y los reglamentos de las corporaciones judiciales, las personas que reúnan los requisitos para desempeñar los cargos en propiedad, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumplan funciones públicas durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Los conjuces tienen los mismos deberes que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos”<sup>3</sup>. (Se resalta).

Como se observa, esta disposición establece las condiciones que tradicionalmente se han exigido para ser conjuce, frente a lo cual se reitera la necesidad de cumplir los requisitos del cargo en propiedad, la imposibilidad de que los miembros de las corporaciones públicas o los empleados o trabajadores de cualquier entidad estatal sean conjuces y la sujeción de estos a los mismos deberes y responsabilidades de los titulares de los cargos. Además, se establece expresamente el carácter remunerado de la actividad, tal como viene establecido desde finales del siglo XIX.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) se refiere de forma similar a la figura de los conjuces, así:

“Artículo 115. Conjuces. Los conjuces suplirán las faltas de los Magistrados por impedimento o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiere logrado.

<sup>3</sup> En el texto original de la Ley 270 de 1996, el inciso 4º del artículo 54 también establecía lo siguiente: “Artículo 54. *Quórum deliberatorio y decisorio* (...) Cuando quiera que el número de los Magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto jurisdiccional por impedimento o recusación o por causal legal de separación del cargo, disminuya el de quienes deban decidirlo a menos de la pluralidad mínima prevista en el primer inciso, para completar esta se acudirá a la designación de conjuces”. Sin embargo este inciso fue derogado expresamente en el literal a) del artículo 620 del Código General del Proceso.

Serán designados conjuces, por sorteo y según determine el reglamento de la corporación, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación, se nombrarán como conjuces, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Los conjuces tienen los mismos deberes y atribuciones que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos.

La elección y el sorteo de los conjuces se harán por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y por la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el caso.

Parágrafo. En los Tribunales Administrativos, cuando no pueda obtenerse la mayoría decisoria en sala, por impedimento o recusación de uno de sus Magistrados o por empate entre sus miembros, se llamará por turno a otro de los Magistrados de la respectiva corporación, para que integre la Sala de Decisión, y solo en defecto de estos, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento de la corporación, se sortearán los conjuces necesarios<sup>4</sup>.

Como se observa, la regulación del CPACA es concordante con lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y se aviene también a los antecedentes legislativos de la figura, tanto en lo relativo a los requisitos y función que cumplen los conjuces, como, en particular, respecto del hecho de que sus servicios serán remunerados.

Cabe indicar que la particularidad más relevante de este régimen especial del CPACA está dada porque los primeros llamados a ser conjuces de las salas y secciones del Consejo de Estado son los propios Magistrados de la misma corporación (incluidos los de la Sala de Consulta y Servicio Civil), de modo que la lista de conjuces externos (de particulares no vinculados a la rama judicial) adquiere en estos casos carácter subsidiario, en cuanto, solo se debe acudir a ella “cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación”, hipótesis en la cual “se nombrarán como conjuces, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad” (inciso 3°).

Finalmente debe señalarse que frente al asunto consultado (naturaleza jurídica y remuneración de los conjuces), el Código General del Proceso no es particularmente relevante, pues al igual que lo hacía el antiguo Código de Procedimiento Civil, solamente contiene algunas

---

4 Adicionalmente, el artículo 116 de la Ley 1437 de 2011 se refiere a la posesión y duración del cargo de conjuce.

referencias a los conjueces en las normas relativas al trámite de los impedimentos y recusaciones<sup>5</sup>, sin ocuparse de su función y demás aspectos sustanciales de esa institución.

Así, establecido el marco jurídico de los conjueces, la Sala pasa a revisar los dos aspectos que de manera particular son objeto de esta consulta: la naturaleza jurídica de la figura y la competencia para establecer su remuneración.

### **3. Naturaleza jurídica de la figura de los conjueces: no son “auxiliares de la justicia” sino servidores públicos transitorios que ejercen función judicial. Consecuencias frente al régimen de remuneración**

Tal como se acaba de ver, la figura de los conjueces cumple un triple propósito: a) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento de un asunto por razón de impedimento o recusación; b) dirimir los empates en las corporaciones judiciales y c) completar el quórum decisorio cuando ello sea necesario<sup>6</sup>. A este respecto la jurisprudencia ha indicado lo siguiente:

“Pues bien, la citada normatividad deja en claro que, en temas jurisdiccionales, la figura del Conjuetz aplica frente a dos eventualidades. Una, para dirimir los empates que puedan presentarse al interior de la corporación, cuando quiera que las votaciones se repartan por igual en torno a determinado asunto, unos a favor del mismo y otros en su contra; y otra, para evitar que el quórum decisorio resulte afectado por la ausencia de aquellos funcionarios que han debido separarse del conocimiento del asunto, bien por impedimento o ya por recusación debidamente declarada.

En el último caso, el Conjuetz además de reemplazar al Magistrado que se separa del conocimiento del negocio, sirve para conservar el quórum decisorio, o como lo dice el propio legislador, permite “completar” el número de funcionarios que deben participar en determinada decisión<sup>7</sup>.”

En cualquiera de estas hipótesis en que los conjueces son llamados a integrarse transitoriamente a los cuerpos judiciales colegiados, es claro que participan del ejercicio de la función judicial. En ese sentido, al hacer la revisión previa de constitucionalidad de la ley estatutaria de administración de justicia, la Corte Constitucional aclaró que cuando los conjueces asumen esa función no actúan como particulares (v.gr. los árbitros y conciliadores referidos en el artículo 116 C. P.), sino como servidores públicos transitorios, sui generis, sujetos al mismo régimen jurídico de los funcionarios judiciales a los cuales remplazan:

5 Básicamente en los artículos 140 (declaración de impedimentos por los jueces, magistrados y conjueces), 143 (trámite de las recusaciones contra jueces, magistrados y conjueces) y 144 (reemplazo del juez, magistrado o conjuetz impedido).

6 Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto del 14 de mayo de 2015, expediente 2014-00133. También en auto del 20 de noviembre de 2012 de la Sala Plena del Consejo de Estado, expediente 2011-00207: “De las normas transcritas, se colige que se designarán Conjueces para dirimir los empates que se puedan presentar al momento de votar un proyecto, para evitar que el quórum decisorio resulte afectado cuando deba separarse del conocimiento del asunto a uno o varios de los integrantes de la Sala, ya sea por impedimento o recusación debidamente declarada, y para obtener el quórum decisorio necesario cuando se presenten tesis diferentes frente al tema objeto de estudio y ninguna de estas alcance el mínimo de votos requeridos, situación esta última que ocurrió en el sub lite”.

7 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 24 de junio de 2010, expediente 2009-00051.

“No es aceptable el argumento de que el artículo 116, en su inciso cuarto, solamente permite que los particulares sean investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros.

Esta limitación no se refiere para nada a los conjuces, porque estos, cuando administran justicia no lo hacen como particulares sino como verdaderos servidores públicos en cada caso concreto, como se demostrará.

Si el artículo 116 no menciona los conjuces, ello se debe a una razón diferente: el constituyente no juzgó necesario hacerlo, precisamente porque jamás había existido conflicto o polémica en torno a esta institución. Tradicionalmente se había aceptado su existencia, basada, precisamente, en su calidad de servidores públicos con carácter transitorio. Por el contrario, en tratándose de los tribunales de arbitramento había quienes sostenían la inconstitucionalidad de las normas legales que permitían su conformación. Por ello, la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía el control constitucional, determinó la exequibilidad de tales normas, con base en el artículo 58 de la anterior Constitución, según el cual administraban justicia la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y Juzgados que estableciera la ley. Entre estos otros tribunales que la ley podía establecer, estaban los de arbitramento, según la Corte Suprema.

La Asamblea Nacional Constituyente en 1991, estimó necesario clausurar todo debate al respecto: así se explica el inciso final del artículo 116 de la actual Constitución.

El caso de los conjuces es esencialmente distinto, y por eso se repite, no se reguló en el artículo 116, expresamente. En primer lugar, los conjuces, cuando actúan en los negocios en que son llamados, lo hacen como servidores públicos. Periódicamente las cortes y tribunales integran las listas de conjuces, de conformidad con la ley que permite su funcionamiento. En el caso concreto de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la Constitución al prever que la ley les asigne otras funciones (numerales 7 y 6 de los artículos 234 y 237, respectivamente) permite al legislador regular lo relativo a los conjuces. En el caso de la Corte Constitucional, la Constitución ha sido aún más expresa.

Desde el momento en que aceptan su nombramiento como conjuces, adquieren los designados una calidad especial: la de estar en posibilidad de ser llamados a administrar justicia en determinados negocios. Y cuando este llamamiento ocurre, el conjuce no solo debe aceptarlo, sino posesionarse y prestar el juramento correspondiente. Posesionado, es ya un servidor público, para todos los efectos legales en relación con el negocio en que actúe. Servidor público especial, sui generis, pero servidor público, con unas funciones determinadas en la ley y los reglamentos, como lo prevé el artículo 122 de la Constitución”<sup>8</sup>. (Se resalta).

De este modo, al ejercer transitoriamente función judicial, los conjuces (i) asumen las atribuciones propias de todo juez; (ii) quedan sujetos a las mismas responsabilidades,

deberes y régimen de impedimentos y recusaciones de los jueces; y (iii) tienen derecho a una remuneración (artículos 61 LEAJ y 115 CPACA)<sup>9</sup>.

En consecuencia, si bien entre los conjuces y el Estado no surge una relación jurídica subjetiva de carácter laboral<sup>10</sup>, si puede advertirse que el ejercicio transitorio de función judicial por parte de los conjuces los ubica en una categoría diferente a la de los “auxiliares de la justicia” regulados en el Título V del Libro I del Código General del Proceso (secuestres, partidores, liquidadores, síndicos, traductores, peritos, etc.), quienes, como su nombre lo indica, solamente son colaboradores de los jueces –y en su caso de los conjuces– en aspectos técnicos o de gestión que se requieren dentro del trámite de los procesos.

Así, entre los auxiliares de la justicia y los conjuces existe una diferencia sustancial, en la medida de que los primeros, a diferencia de los segundos, en ningún caso detentan la función pública de administración de justicia.

Esta consideración es particularmente relevante para el asunto consultado, en la medida en que pone de presente que a los conjuces no les es aplicable el régimen jurídico y de remuneración previsto para los auxiliares de la justicia en los artículos 85 (numeral 21) de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (que le asigna competencia al Consejo Superior de la Judicatura para tales efectos)<sup>11</sup> y 57 del Código General del Proceso que dispone:

“Artículo 157. Remuneración de auxiliares de la justicia. El juez fijará los honorarios de los auxiliares de la justicia conforme a las reglas generales, los que serán pagados por la parte contraria si fuere condenada en costas, una vez ejecutoriada la providencia que las imponga”.

Para la Sala es claro que esta disposición no sería aplicable para fijar la remuneración de los conjuces, por cuanto, además de lo señalado anteriormente sobre el hecho de que los conjuces no son auxiliares de la justicia, debe recordarse que la función judicial está a cargo del Estado y por regla general es gratuita, de modo que salvo las excepciones expresamente previstas en la ley, su costo (en este caso el de los conjuces) no podría ser trasladado a las partes por vía de la norma en cita<sup>12</sup>. Además, en el supuesto normativo del artículo 157 tras-

9 Sección Tercera, auto del 7 de junio de 2016, expediente 2008-00571.

10 Consejo de Estado, Sección 5ª, Sentencia del 5 de junio de 2012, expediente 2010-00115, en la que se definió que para efectos de la aplicación del régimen de inhabilidades, los conjuces no tienen una relación subjetiva con el Estado (no ocupan “cargos públicos”): “Retomando lo expuesto, podemos señalar, entonces, que el artículo 123 de la Constitución hace una descripción de las distintas formas en que surge la vinculación subjetiva con el Estado, a cargos o empleos dentro la administración, a través de una relación legal y reglamentaria –libre nombramiento y remoción–; de la carrera administrativa; de la elección popular y de aquellas designaciones que dependen de la intervención de las distintas ramas poder público, como es el caso de los altos cargos dentro del Estado, como los de Procurador General de la Nación; Defensor del Pueblo, Magistrados de las Altas Cortes; Fiscal General de la Nación y Contralor General de la República, entre otros. Por otra parte, la propia Constitución Política, artículos 116, 123 y 210, entre otros, admite que en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, personas sin vínculo subjetivo con el Estado, es decir, sin ostentar un cargo o empleo público, desempeñen funciones públicas como una forma de materializar los principios de colaboración, solidaridad y participación en los asuntos públicos por parte de los ciudadanos, manifestación específica o concreta de la democracia participativa, como la descentralización por colaboración que permite al Estado cumplir de una mejor manera las funciones que le corresponden en aras de satisfacer el interés general y las necesidades básicas de los asociados. En ese sentido, la participación en el quehacer público tiene la doble connotación de derecho-deber”. En el mismo sentido, ver de la misma Sección Quinta los autos del 10 de julio y del 14 de mayo de 2015, ambos dentro del expediente 2014-00133.

11 “Artículo 85. Funciones administrativas. Corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: (...) 21. Establecer el régimen y la remuneración de los Auxiliares de la Justicia”.

12 Ver Sentencia C-169 de 2014, que declaró inexecutable la Ley 1653 de 2013, por la cual se regula un arancel judicial y se dictan otras disposiciones. Igualmente Sentencia C-643 de 2011. “7.7. Ahora bien, la incorporación al ordenamiento jurídico del arancel judicial, bajo la forma de una contribución parafiscal, no resulta por sí mismo contrario a los principios de gratuidad y de acceso a la administración de justicia, como erróneamente lo pretenden hacer por los demandantes y algunos intervinientes. Al respecto, basta con reiterar lo dicho por la Corte en la Sentencia C-713 de 2008, en el sentido de sostener que la existencia de aranceles judiciales no viola la Constitución, por inscribirse dicho gravamen dentro del margen de excepciones a la aplicación del principio de gratuidad en la justicia. 7.8. Tal y como lo precisó esta Corporación, aun cuando el principio de gratuidad tiene un claro fundamento constitucional, el mismo no es absoluto, pudiendo ser objeto de limitaciones en su aplicación. Sobre esa base, el legislador, dentro del amplio margen de configuración política en materia tributaria (C. P. arts. 150-11-12 y 338), se encuentra facultado para imponer válidamente

critico, el conjuetz sería el sujeto activo (quien fija los honorarios de los auxiliares de la justicia) y no su sujeto pasivo (a quien se le fija la remuneración) de la norma.

En este orden, descartada la posibilidad de que la remuneración de los conjuetes pueda fijarse a través de las normas que regulan los honorarios de los auxiliares de la justicia, la Sala pasa a revisar cuál es entonces la autoridad competente para tales efectos.

#### **4. Competencia del Gobierno nacional para fijar la remuneración de los conjuetes**

##### **4.1. El derecho de los conjuetes a percibir una remuneración por sus servicios**

Como se revisó inicialmente, desde que el artículo 3º de la Ley 72 de 1890 estableció la regla de que los conjuetes no devengan sueldo pero gozan de honorarios por su labor, la legislación nacional ha reconocido el derecho de los conjuetes a percibir una remuneración por sus servicios a la rama judicial<sup>13</sup>.

Actualmente, según se mencionó, el artículo 61 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece expresamente que los servicios de los “serán remunerados”, lo que se reitera además en el caso particular de la jurisdicción contencioso administrativa en el artículo 115 de la Ley 1437 de 2011, también citado con anterioridad. De este modo, es claro que por mandato expreso de la ley la labor de los conjuetes es remunerada y no gratuita, tal como ya lo había advertido la Corte Constitucional al referirse, por vía de tutela, al derecho de los conjuetes a exigir el pago de una remuneración por sus servicios:

“Ahora bien, el artículo 61 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -270 de 1996- prevé que los conjuetes realizan una labor remunerada, y establece los lineamientos para determinar la cuantía de su remuneración, en cuanto dispone que estos servidores deberán cumplir con las mismas condiciones y requisitos de quien ejerce el cargo en propiedad, y están sujetos a los mismos deberes y responsabilidades.

La Ley 4ª de 1992, por su parte, señala los criterios básicos comunes para determinar la remuneración de los servidores judiciales, y el Gobierno nacional, atendiendo las normas, objetivos y criterios señalados en la norma en comento, ha establecido el régimen salarial y prestacional de los integrantes de las corporaciones, a quienes los conjuetes reemplazan con idénticas responsabilidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Con todo, en rigor, la regulación básica común no puede ser el único criterio para fijar la remuneración a que tiene derecho un conjuetz, por su participación en el trámite y en la definición de uno o de varios asuntos, porque el carácter temporal y las modalidades de su vinculación, aunados a la complejidad de dichos trámites y definiciones, comportan especificidades que se deberá entrar a considerar en cada caso, sin que por esta circunstancia

---

restricciones al principio de gratuidad de la justicia, en este caso, por vía de la implementación del arancel judicial, siempre que en su reglamentación no se viole la Constitución”.

13 Así se ratifica en la Ley 130 de 1913 de organización de la jurisdicción contencioso administrativa); posteriormente en el Código Judicial de 1931 y en la Ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa; y luego en el Decreto Extraordinario 1265 de 1970 o Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia y en el Código Contencioso Administrativo de 1984.

los principios mínimos fundamentales que deben estar presentes en toda relación laboral puedan ser desconocidos, porque el artículo 53 de la Carta Política no condiciona la aplicación de sus preceptos a la circunstancias que rodean la prestación del servicio; sin perjuicio de que el legislador señale pautas específicas sobre el punto.

(...) La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no puede sustraerse a su deber de resolver la actuación iniciada por el actor en febrero del año 2001, y en consecuencia deberá ser conminada por el Juez Constitucional a definir la actuación iniciada por el actor el 21 de febrero de 2001, tendiente a obtener una remuneración acorde con los preceptos constitucionales y legales, en razón de los servicios prestados a la Rama Judicial como Conjuez de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Medellín (...)

En consecuencia, las decisiones de instancia i) deberán confirmarse, en cuanto concedieron la protección constitucional, pero en el sentido de amparar los derechos del actor a obtener pronta respuesta de sus peticiones y a exigir que en las actuaciones administrativas se garantice el debido proceso constitucional, y ii) revocarse, a fin de que el derecho del mismo a acceder a una remuneración mínima y móvil sea restablecido por la jurisdicción administrativa, con pleno respeto de las garantías constitucionales de las partes en conflicto<sup>14</sup> (Se resalta).

En este mismo sentido, al revisar la situación de un conjuez del Consejo Nacional Electoral (frente al cual se consideraron aplicables las normas de conjueces de la rama judicial), la Sección Segunda del Consejo de Estado hizo un recuento normativo de la legislación expedida para regular dicha figura y señaló que “quien asume, a cualquier título, la función pública tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el cual es asignado o desplazado, pues de lo contrario se atentaría contra principios mínimos laborales constitucionales, entre otros, el de percibir una retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo (art. 53 C. P.)”<sup>15</sup>.

En consecuencia, cualquier interpretación de las normas vigentes será tanto más acorde con la Constitución y la ley, en la medida en que permita al Estado reconocer y pagar una remuneración a los conjueces por los servicios que prestan para el funcionamiento de la administración de justicia.

4.2. La competencia para fijar la remuneración de los conjueces: corresponde al Gobierno nacional de conformidad el Decreto 2204 de 1969, la Ley 4 de 1992 y la Ley 4ª de 1913.

Ahora bien, establecido con claridad que los servicios de los conjueces son remunerados por expresa disposición legal, la Sala pasa a revisar lo relacionado con la autoridad competente para fijar dicha remuneración. Según el organismo consultante la dificultad en este punto se presenta porque las normas estatutarias y procesales más recientes no se han ocupado de regular la materia y, en esa medida, no existe claridad sobre la vigencia de las disposiciones que en su momento concedieron esa facultad al Gobierno nacional.

14 Sentencia T-247 de 2003.

15 Sentencia del 6 de diciembre de 2007, expediente 2003-6351. En este caso el Consejo de Estado consideró que como el conjuez había cumplido funciones no solo temporales sino permanentes, pues se había ocupado por un largo tiempo del despacho del magistrado ausente, su situación era la de un *funcionario de hecho*, razón por la cual, conforme a los principio de equidad y justicia, tenía derecho a la remuneración del titular del cargo.



Para responder este interrogante es preciso recordar en primer lugar, como ya lo ha señalado la Sala en otras oportunidades<sup>16</sup>, que ni el simple paso del tiempo ni el desuso de una norma, comporta per se su pérdida de vigencia o su derogatoria. Debe tenerse en cuenta que por regla general las leyes son expedidas con una vigencia sine die, es decir, desde el momento en que las mismas entran a regir “y hasta tanto no sean derogadas expresa o tácitamente por otra disposición posterior de igual o superior categoría”<sup>17</sup>. Por tanto, en la medida en que una norma no haya sido expedida con una vigencia limitada o que claramente se torne obsoleta o de imposible ejecución, la misma permanecerá vigente y podrá aplicarse mientras otra disposición posterior no la haya derogado expresa o tácitamente –por incompatibilidad o regulación integral de la materia–<sup>18</sup>.

De otra parte es preciso recordar, como también ha advertido la Sala, que la expedición de la nueva Constitución Política no comportó la derogatoria automática de la legislación anterior, ni afectó la validez de las normas expedidas en su momento por quienes tenían competencia suficiente para ello<sup>19</sup>. De este modo, las disposiciones anteriores a la Constitución mantienen su vigencia, salvo que resulten materialmente (no formalmente) incompatibles con la nueva Carta Política.

En consecuencia, frente al caso analizado la Sala encuentra que el solo hecho de la antigüedad de las normas o de la expedición de la nueva Constitución Política de 1991, no son criterios suficientes para considerar que las disposiciones expedidas en 1969 para regular la remuneración de los conjuces, perdieron per se su vigencia o son inaplicables<sup>20</sup>.

Así, la Sala observa que de las tres normas expedidas con base en la Ley 4 de 1969 (supra 2.3) en relación con los conjuces, solo se puede concluir con certeza que ha habido:

(i) una derogatoria expresa del Código de Procedimiento Civil por virtud de la expedición del Código General del Proceso (artículo 626); y

- 
- 16 Concepto 003 de 2015, expediente 2015-001270: “Resulta oportuno hacer un comentario sobre el criterio del desuso de una norma legal, ya que es importante indicar que el desuso de una ley no implica formal ni jurídicamente su derogatoria, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 8º del Código Civil, el cual establece: **Artículo 8º.** *La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea*”. La doctrina también ha señalado que el desuso no produce la derogatoria de una ley: “Desde el punto de vista jurídico-positivo, en nuestro derecho, el desuso no afecta para nada a la ley y no produce, por lo tanto, su derogación. En consecuencia, esa ley-derecho positivo, no vigente-puede alcanzar vigencia en cualquier otro momento, sea porque los jueces la apliquen, o por otro motivo”. Abelardo Torrè, *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot, p. 301.
- 17 Concepto 2119 de 2013. Ver también, Concepto 1999 de 2010. En el mismo sentido, Corte Constitucional, Sentencia C- 644 de 2011: “La vocación de eficacia de toda disposición normativa implica que su vigencia sea, en principio, condición para que pueda producir efectos. Sin embargo, ello no siempre es así. Una disposición puede encontrarse vigente, pero no estar produciendo efectos, por ejemplo, cuando se encuentra en desuso o suspendida. Asimismo, puede no encontrarse vigente, pero estar produciendo efectos, como en el caso en que una disposición vigente haga referencia a otra que está derogada. Sin embargo, los anteriores casos son excepciones al principio general según el cual, para que una disposición produzca efectos, debe encontrarse vigente”.
- 18 En este sentido, como también ha aclarado la Sala, la derogatoria de una norma anterior por una posterior puede ser expresa o tácita; y esta última se presenta “(i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior o (ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia. (Concepto 2119 de 2013). Ver también Concepto 1908 de 2008 y Sentencia C-823 de 2006.
- 19 Concepto 2261 de 2015: “Para responder este interrogante debe recordarse previamente que el fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente, el cual “opera cuando concurre una reforma constitucional, cuyos contenidos normativos tienen efectos derogatorios respecto de las disposiciones legales expedidas con anterioridad y que se muestran contrarios a los nuevos preceptos superiores”, exige una oposición real, clara y evidente entre la nueva norma constitucional y los contenidos legales anteriores. De lo contrario, como quiera que las reformas constitucionales no conllevan per se la derogatoria en bloque de la normatividad anterior, opera la presunción de vigencia de la legislación preexistente”. Ver igualmente Sentencias C-571 de 2004 y C-1174 de 2001.
- 20 Sobre el desuso y la derogatoria ver, entre otros Estudio sobre los antecedentes, derogatorias y vigencia de la Ley 4 de 1913. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Imprenta Nacional Bogotá, 2013, p. 37 y ss. Igualmente Díez-Picazo, Luis María. *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 46 y ss.

(ii) una derogatoria tácita por regulación integral de la materia<sup>21</sup> del Decreto Extraordinario 1265 de 1970 o Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, en la medida que la materia que era objeto de dicho estatuto se encuentra hoy contenida, de manera integral, en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).

Sin embargo, respecto del Decreto Extraordinario 2204 de 1969, por el cual se dictan normas relacionadas con los auxiliares y colaboradores de la justicia, práctica de diligencias, arancel y remuneración de Conjueces (en particular de su artículo 23 que le otorga competencia expresa al Gobierno nacional para fijar la remuneración de los conjueces), la Sala no encuentra evidencia de su derogatoria expresa, así como tampoco considera que pueda hablarse de una derogatoria tácita, en la medida que:

- no se opone al contenido de las normas de la LEAJ, CGP y CPACA que actualmente regulan la institución de los conjueces; por el contrario el artículo 23 del Decreto 2204 de 1969 resulta concordante con lo dispuesto en esos estatutos, en cuanto a que los servicios de los conjueces son remunerados;
- no ha habido tampoco una regulación integral y posterior de la materia, en la medida que tanto la LEAJ, como el CGP y el CPACA, simplemente incorporaron los aspectos parciales que en su momento contenían, de manera paralela al Decreto Extraordinario 2204 de 1969, el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, el Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo, respectivamente.

De este modo, la Sala observa que en relación con la determinación de los honorarios de los conjueces, no ha habido ninguna regulación posterior al Decreto Extraordinario 2204 de 1969 que se ocupe de la materia y que pueda entenderse tácitamente derogatoria de lo previsto en él.

En consecuencia, salvo que se pudiera detectar hacia el pasado una situación de derogatoria expresa o tácita (que la Sala no ha evidenciado y el organismo consultante tampoco pone de presente), debería concluirse que la competencia establecida en el Decreto Extraordinario 2204 de 1969 para que el Gobierno nacional fije los honorarios de los conjueces se encuentra vigente.

Incluso, aún si se considerara que dicho decreto está derogado, la competencia del Gobierno nacional viene dada, necesariamente, de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, que le asigna al Gobierno nacional la competencia general para dictar el régimen de remuneración de los servidores públicos de las distintas ramas del poder público, inclusive la judicial:

“Artículo 1º. El Gobierno nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

21 En Sentencia C-634 de 1996 se señaló por la Corte Constitución que la derogatoria de una ley puede ser “expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o contrarias a la de la antigua, y la tercera cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de estas y las de la nueva ley”. Ver igualmente Conceptos 2119 de 2013 y 1908 de 2008.

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”. (Se resalta).

Como se observa, la Ley 4ª de 1992 cubre a la generalidad de servidores del Estado en todas sus ramas y organismos, razón por la cual no habría fundamento para considerar que no incluye a los conjuces que requiere la rama judicial para el cumplimiento de su función de administrar justicia. Según se revisó (infra 3), si bien los conjuces no tienen una relación laboral con el Estado (en ese sentido no devengarían un salario”), no puede desconocerse que (i) ejercen transitoriamente función judicial, (ii) asumen las atribuciones propias de los jueces; (iii) quedan sujetos a las mismas responsabilidades, deberes y régimen de impedimentos y recusaciones de estos últimos; y (iv) tienen derecho a una remuneración por expresa disposición legal.

Por tanto, cuando la norma citada señala que el Gobierno nacional “fijará el régimen salarial y prestacional” de los funcionarios judiciales, dicha expresión no es excluyente de la “remuneración” que se debe fijar por los servicios prestados por los conjuces para el funcionamiento de la rama judicial.

Al respecto cabe recordar lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-312 de 1997, cuando al revisar la constitucionalidad de algunos apartes de la Ley 4ª de 1992, aclaró que la Constitución Política de 1991 radicó en el Presidente de la República la “responsabilidad sobre la política salarial estatal” y que, por tanto, no sería coherente excluir de la misma a determinados órganos o servidores del Estado:

“La responsabilidad principal sobre la política salarial estatal descansa en el Presidente de la República

11. La Constitución Política le asigna al Presidente de la República importantes funciones en lo relacionado con la política económica y la planeación para el desarrollo del país. Diversas normas constitucionales así lo dejan entrever. Así, en el numeral 19 del artículo 150 se determina que el Congreso se limitará a dictar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno para organizar el crédito público, regular el comercio exterior, modificar el régimen de aduanas y regular las actividades relacionadas con el aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público. Igualmente, le corresponde al Gobierno velar por la estricta recaudación de los recursos y decretar su inversión de acuerdo con la ley (C. P.; art. 189, numeral 20). De la misma manera, el artículo 346 establece que el gobierno es el que elabora anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y lo presenta al Congreso para su aprobación. El Congreso no puede aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos presentado por el gobierno, ni incluir una nueva, a no ser que cuente con la aceptación escrita del ministro del ramo (C. P., art. 351). Y, además, si el Congreso no expide el presupuesto regirá el presentado

por el gobierno (C. P., art. 348). Asimismo, el gobierno elabora el plan nacional de desarrollo - después de un proceso en el que se cuenta con la participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura - y luego de oír la opinión del consejo nacional de planeación y de realizar los ajustes que considere pertinentes lo presenta al Congreso. El plan debe ser aprobado por el Congreso, pero si este no lo hace en un término de tres meses, el gobierno podrá ponerlo en vigencia. En el debate sobre el proyecto, el Congreso puede variar el plan de inversiones públicas, pero bajo la condición de que se mantenga el equilibrio financiero. En caso de que no sea así, requerirá la autorización del gobierno C. P., art. 341).

12. La determinación de la remuneración de los servidores del Estado tiene hondas implicaciones en la política económica. En efecto, de los niveles de los salarios depende en buena medida el equilibrio fiscal. Y, como es sabido, la situación de las finanzas públicas afecta fundamentalmente el estado de la economía en general. De ahí que sea congruente que al Presidente, que, como se ha visto, tiene una responsabilidad destacada en materia de política económica, se le asigne también la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, y la de determinar el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales (C. P., art. 150, num. 19, literales e) y f). Y puesto que la fijación de los salarios y prestaciones de los funcionarios y empleados de la Procuraduría y la Fiscalía también tiene influencia sobre las finanzas públicas, no es coherente que ellos sean apartados de la norma general y que su remuneración sea fijada directamente por el Congreso.

Las razones expuestas llevan a preferir la interpretación que realizan los intervinientes dentro del proceso: dado que la responsabilidad principal sobre la política salarial estatal descansa en el gobierno y que su nivel influye en forma determinante sobre la economía, la interpretación que más se ajusta a una visión integral de la Constitución es la que vincula el tema de la remuneración y prestaciones de los empleados de la Fiscalía y de la Procuraduría a la ley marco respectiva, es decir, a la contemplada en el literal e) del numeral 19 del art. 150 de la Constitución Política.

13. Otros órganos autónomos - como las ramas judicial y legislativa, la organización electoral y la Contraloría General de la República - quedan vinculados por la ley marco en materia salarial y prestacional. Suprimir la exigencia del desarrollo reglamentario únicamente para dos órganos autónomos, y no para todos, resulta incoherente<sup>22</sup>.

Por tanto, resultaría contrario a los artículos 53 de la Constitución Política, 61 de la LEAJ y 115 del CPACA, interpretar que la competencia del Gobierno nacional para fijar los salarios y prestaciones de los servidores de la rama judicial no incluye la remuneración de quienes, como los conjuces, también ejercen función judicial y tienen derecho, por disposición expresa de la ley a que sus servicios sean retribuidos por el Estado. Una lectura sistemática de tales disposiciones y de la Ley 4ª de 1992 no permite una conclusión diferente a que dentro de las escalas de remuneración de la rama judicial debe incluirse a los conjuces, en todas las jurisdicciones y niveles.

Además de lo anterior, la Sala recuerda que de conformidad con el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, toda competencia que no esté expresamente atribuida a otros poderes públicos corresponde al Presidente de la República:

“Artículo 66. Todo lo relativo a la administración general de la República que no esté especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes, corresponde al Presidente”<sup>23</sup>.

Esta cláusula residual de competencia impide que los aparentes vacíos competenciales en materia de administración del Estado, se transformen en inacción o incumplimiento del ordenamiento jurídico o, dicho de otra forma, en la imposibilidad de adoptar las decisiones que se requieran para la cumplida ejecución de la Constitución y la ley.

La Sala observa en el caso analizado, que esta competencia general del Presidente de la República para regular aquellos asuntos que no han sido asignados a otros poderes públicos, armoniza sin problema con la facultad general que le asigna la Ley 4 de 1992 para dirigir la política salarial del país, conforme se ha revisado.

En síntesis, la Sala considera que de conformidad con lo establecido en los artículos 23 del Decreto Extraordinario 2204 de 1969, 1º de la Ley 4 de 1992 y 66 de la Ley 4 de 1913, la competencia para fijar la remuneración de los conjuces de todas las jurisdicciones corresponde al Gobierno nacional.

4.3 Vigencia del Decreto 2266 de 1969 y posibilidad de que sus tarifas sean actualizadas a través de reglamento.

Según se revisó, en ejercicio de la competencia conferida en el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2204 de 1969, el Gobierno nacional expidió en su momento el Decreto Reglamentario 2266 de 1969, por el cual se establecieron los siguientes honorarios a favor de los conjuces:

“Artículo 9º. Los Conjuces de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, devengaran honorarios a razón de cien pesos por hora de concurrencia a la sala, debidamente certificada por el Secretario de la corporación, y de mil pesos por el estudio del Proyecto.

Artículo 10. Los Conjuces del Tribunal devengan la suma de setenta pesos por cada hora de asistencia a la Sala, debidamente certificada por el Secretario de la Corporación y de quinientos pesos por el estudio del proyecto”.

En relación con este Decreto el organismo consultante pregunta (i) por su vigencia y (ii) la autoridad que podría actualizar las tarifas previstas en él, dada su evidente vetustez (pregunta 3).

<sup>23</sup> Sobre la vigencia del artículo 66 de la Ley 4ª de 1913 esta Sala señaló en el Concepto 2203 de 2014: “Esta competencia general está vigente porque no ha sido derogada expresamente y porque se acompaña sin dificultad a los mandatos y estructura de la Constitución de 1991 respecto de las ramas del poder público y en particular de la rama Ejecutiva. Por virtud del artículo 66 en cita, el Presidente de la República tiene la competencia para nombrar funcionarios ad hoc en los casos en los cuales sea aceptado el impedimento o la recusación de un servidor en ejercicio de funciones administrativas que no tiene superior ni cabeza de sector”.

Frente a lo primero, la Sala hace extensivas las consideraciones anteriormente expuestas, en el sentido de que debe partirse de la vigencia del Decreto 2266 de 1969, como quiera que no se evidencia una derogatoria expresa o tácita del mismo y que su contenido no es materialmente contrario a la Constitución Política de 1991. Además, respecto de este último decreto existe un pronunciamiento expreso de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre su vigencia, frente a la cual, luego de analizar la legislación expedida para regular la figura de los conjueces, señaló:

“Del anterior recuento de normas puede observarse que solamente el Decreto 2266 del 31 de diciembre de 1969, estableció la forma de liquidar los honorarios de los Conjueces, pues de ahí en adelante nunca el Gobierno se preocupó por actualizar la tarifa. (...) La única disposición existente entonces, es el artículo 9º del decreto ley 2266 de 1969, que se encuentra vigente pues no ha sido derogada, que dispuso que los Conjueces de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado devengarían honorarios a razón de cien pesos por hora de concurrencia a la Sala y de mil por el estudio del proyecto”<sup>24</sup>. (Se resalta).

Ahora bien, en relación con el segundo aspecto (posibilidad de actualización de las cuantías previstas en el Decreto 2262 de 1969 y autoridad competente para hacerlo), la Sala recuerda que lo señalado en el Concepto 1564 de 2004 cuando se refirió a la posibilidad de actualizar las cuantías de las sanciones administrativas fijadas en pesos:

“Resulta claro concluir que esta Corporación ha aceptado reiteradamente la indexación o corrección monetaria tanto de condenas, como para la devolución del valor de multas impuestas por la administración que, a la postre, se demostró eran ilegales, con base en principios de equidad, justicia, restablecimiento pleno del derecho, enriquecimiento sin causa del organismo oficial, empobrecimiento del acreedor de la obligación, etc.; no ve la Sala, razón jurídica que impida aplicar estos mismos principios con base en tales razonamientos cuando exista la posibilidad de aplicar un multa a favor del Estado, máxime si se tiene en cuenta que de no hacerse así, se auspicia el incumplimiento de los deberes de los particulares frente a la sociedad, pues la multa deja de cumplir la función en tanto la sanción pierde por el transcurso del tiempo su carácter disuasivo.

Desde luego, todo lo anterior será aplicable respecto de aquellas cifras fijadas por la ley, que no tienen señalado un procedimiento propio y específico para su actualización, como por ejemplo, las que viene definidas en salarios mínimos mensuales, o respecto de las cuales la ley autoriza a la autoridad administrativa a actualizarlas periódicamente o en las que explícitamente se indica por el legislador otro método cualquiera que busque la misma finalidad. (...)

La jurisprudencia citada de las diferentes Corporaciones judiciales, permite señalar que existe una línea jurisprudencial homogénea trazada que concibe cada vez más la aplicación de esta figura como la materialización del principio de equidad y de justicia que debe prevalecer en la interpretación constitucional de las normas.

Equidad y justicia que, en opinión de la Sala, debe operar tanto en contra de la administración como a favor de esta; no pueden sacrificarse principios constitucionales como el de justicia y equidad so pretexto de alegar la falta de técnica legislativa, o sin considerar aspectos tales como la imposibilidad de prever los efectos de un fenómeno económico que en 1968 no eran tal vez del todo previsibles, o de castigar la demora en la actualización de una norma por el legislador.

Entonces, la corrección monetaria o indexación resulta aplicable a favor y en contra del Estado, pues su finalidad no es agravar la pena o convertirse en un mecanismo adicional con efectos disuasivos”

En esa oportunidad, la Sala puso de presente cómo la Corte Constitucional ya se había referido también a la posibilidad (necesidad) de que los quantums de las sanciones penales se actualizarán con base en la inflación:

“Podría aducirse que, en razón del principio de legalidad de la pena, al juez constitucional también le estaría vedado autorizar la interpretación de la norma en el sentido de actualizar el valor de la cuantía establecida en 1980 para efectos de la agravación punitiva. Sin embargo, el principio de interpretación constitucional que impone buscar la mayor efectividad de las normas constitucionales lleva a preferir la conservación condicionada de la disposición legal en lugar de declarar su inconstitucionalidad por la omisión del Legislador en actualizarla.

“Lo anterior supone la aplicación analógica al caso que se presenta ante la Corte, del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 que acoge el índice de ‘salarios mínimos legales mensuales’ como factor de determinación de la cuantía para agravar la pena en el delito de peculado por apropiación. No debiendo quedar expósitos los derechos patrimoniales de la víctima mediante la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 372-1 del Código Penal, y siendo procedente la analogía in bonam partem en materia penal con el fin de actualizar la cifra de cien mil pesos acogida como criterio para imponer la agravación de la pena, la Corte procederá a declarar la constitucionalidad de la referida disposición siempre y cuando la expresión “cien mil pesos” se entienda en términos del poder adquisitivo del peso en el año 1981, fecha en que entró a regir el Código Penal.

“Teniendo en cuenta que cien mil pesos equivalían en 1981 a 17.54 salarios mínimos legales mensuales para las principales ciudades y a 18.83 salarios mínimos legales mensuales para el sector primario, esta cifra deberá actualizarse, en razón del principio de favorabilidad (C. P. art. 29), según esta última equivalencia para efectos de la dosificación de la pena. En consecuencia, las penas para los delitos contra el patrimonio económico deben aumentarse de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se cometa sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos en términos de valor adquisitivo del año 1981, equivalentes a 18.83 salarios mínimos legales mensuales”<sup>25</sup>. (Negrilla fuera del texto original).

En esta medida, si la actualización de valores económicos previstos en la ley ha sido permitida en materia sancionatoria, con mayor razón lo debe ser en el caso analizado, en el cual,

25 Sentencia C-070 de 1996. Ver también Sentencia C-280 de 1996 en materia de actualización de multas en materia disciplinaria.

de lo que se trata, es de garantizar el derecho a una remuneración por el servicio que unas personas le prestan al Estado para el cumplimiento de una de sus funciones esenciales.

Cabe señalar en todo caso, que la fijación de las tarifas de los conjuces y su actualización debe tener como referente el nivel de ingreso percibido actualmente por los funcionarios judiciales que deben remplazar (no de lo que se devengaba en 1969), de modo que su remuneración sea equitativa.

Ahora, en cuanto a la competencia para actualizar los valores establecidos en los artículos 9 y 10 del Decreto 2266 de 1969, la Sala observa que la respuesta converge con lo señalado en el punto anterior, en el sentido de concluir que dicha competencia también sería del Gobierno nacional, en su calidad de titular de la potestad general de fijación de la remuneración de los conjuces, tal como ya se explicó con detalle.

Con base en lo anterior,

### **LA SALA RESPONDE:**

*“1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la figura de los conjuces?”*

Los conjuces son servidores públicos transitorios sujetos a un régimen especial. Ejercen transitoriamente función judicial, asumen las atribuciones propias de los jueces y quedan sujetos a su mismo régimen de responsabilidades, deberes, impedimentos y recusaciones. Según los artículos 61 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 115 de la Ley 1437 de 2011, sus servicios serán remunerados.

*“2. ¿Cuál es el órgano competente para establecer el régimen de remuneración aplicable a los conjuces?”*

De conformidad con lo establecido en el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2204 de 1969, el artículo 1º de la Ley 4ª de 1992 y el artículo 66 de la Ley 4ª de 1913, la autoridad competente para fijar la remuneración de los conjuces es el Gobierno nacional.

*“3. De estar vigente el Decreto 2266 de 1969, por medio del cual se reglamentó el artículo 23 del decreto ley 2204 de 1969, cuál es el órgano competente para actualizar la remuneración de los conjuces?”*

El Decreto 2266 de 1969 se encuentra vigente y la competencia para actualizar sus tarifas también se encuentra en cabeza del Gobierno nacional.

**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.



12. Rector. Retiro forzoso. Entes universitarios autónomos .

### **Radicado 2208**

Fecha: 05/06/2014

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 12 de diciembre de 2016

El Ministerio de Educación Nacional consulta a la Sala acerca de la posibilidad de que personas mayores de 65 años ejerzan el cargo de Rector de un ente universitario autónomo.

### **I. Antecedentes**

En el escrito de la consulta el Ministerio de Educación Nacional presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. Las universidades oficiales, en virtud de lo dispuesto por la Constitución Política y la Ley 30 de 1992, son entes autónomos que no integran la Rama Ejecutiva. Por el contrario, las demás instituciones oficiales de educación superior que no ostentan la calidad de universidad tienen la naturaleza jurídica de establecimientos públicos.

El Decreto 1950 de 1973<sup>1</sup>, por medio del cual se reglamentan los Decretos 2400<sup>2</sup> y 3074<sup>3</sup> de 1968 establece que la edad de 65 años constituye un impedimento para ocupar cargos públicos, excepto para el caso de los empleos señalados en el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

3. Por su parte, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996<sup>4</sup> establece:

“Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones”.

En consecuencia un docente universitario puede trabajar hasta los 75 años.

4. En opinión del Ministerio, el ejercicio del cargo de Rector de una universidad oficial se encuentra sometido al artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, en virtud del cual la edad de 65

<sup>1</sup> Por el cual se reglamentan los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.

<sup>2</sup> Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

<sup>3</sup> Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

<sup>4</sup> Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

años es un impedimento para ocupar cargos públicos. La excepción establecida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 solamente aplica para el caso de los Rectores de las instituciones oficiales de educación superior que no tienen la calidad de universidad y que están organizadas como establecimientos públicos del orden nacional departamental, distrital o municipal.

5. Igualmente, indica el Ministerio consultante que aunque sus delegados ante los Consejos Superiores Universitarios de las universidades oficiales del país han sostenido que no es posible designar como Rectores de estas a aquellas personas que hayan alcanzado la edad de 65 años, otros consejeros han considerado que la restricción de la edad de retiro forzoso establecida en el Decreto 1950 de 1973 no es aplicable a las universidades oficiales en atención a que al momento en el cual se expidieron los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, las universidades eran establecimientos públicos y por lo tanto estaban cobijadas por la excepción establecida en los artículos 29 y 121 de estas normas.

6. Señala el Ministerio que igualmente se argumenta por parte de algunos miembros de Consejos Superiores que aplicar la excepción establecida en los artículos 29 y 121 de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 respectivamente únicamente a las instituciones de educación superior oficiales cuya naturaleza sea la de un establecimiento público, y no a aquellas oficiales que ostentan la calidad de entes autónomos, constituye una infracción al derecho a la igualdad reconocido en la Constitución Política.

7. Para el Ministerio de Educación Nacional aunque las universidades están cobijadas por el principio de autonomía universitaria en atención a lo dispuesto por la Ley 30 de 1992, ello no significa que su autonomía sea absoluta y en consecuencia su ejercicio debe ser acorde a lo señalado por la Constitución Política, la ley y los decretos vigentes.

8. La Ley 30 de 1992 señala expresamente en su artículo 67:

“Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten”.

9. Para el Ministerio consultante, no existe disposición específica que regule de forma particular los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades de los miembros que integran los Consejos Superiores de los entes autónomos universitarios. En consecuencia les son aplicables los impedimentos de los empleados públicos en virtud de lo señalado por el artículo 67 de la Ley 30 de 1992. Igualmente debe aplicárseles el artículo 122 del Decreto 1950. Por lo tanto, no es posible que el cargo de Rector de un ente universitario autónomo sea desempeñado por alguien mayor a 65 años.

10. Indicó el Ministerio que el representante legal del Sistema Universitario Estatal le presentó un escrito señalando que la edad de retiro forzoso establecida en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 no era aplicable a los entes universitarios autónomos pues estos no

integran la Rama Ejecutiva del Poder Público y por lo tanto respecto a estos existe un vacío legal. De esta forma, cada Consejo Superior tiene la potestad de establecer la edad de retiro forzoso en forma autónoma e independiente. Adicionalmente, señaló que las universidades son las únicas autorizadas para darse sus autoridades y normas propias sobre esta materia.

11. En opinión del Ministerio consultante lo anterior va en contravía del ordenamiento jurídico y jurisprudencia colombiana, pues la determinación de la edad de retiro forzoso es una potestad exclusiva del legislador y no de los órganos de gobierno de los entes autónomos.

12. Finalmente, indicó el Ministerio que la excepción a la edad de retiro forzoso establecida en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 aplica exclusivamente a los docentes universitarios en el ejercicio del cumplimiento de las funciones que le son propias, y en consecuencia su aplicación no se extiende al ejercicio del cargo de Rector de un ente universitario autónomo.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional formula la siguiente PREGUNTA:

1. ¿Está conforme con las disposiciones legales que una persona mayor de 65 años ejerza el cargo de Rector de un ente universitario autónomo?

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Con el propósito de dar respuesta al interrogante planteado por el Ministerio consultante, la Sala considera necesario realizar algunos comentarios acerca de: i) la autonomía universitaria, ii) las universidades públicas y iii) la edad de retiro forzoso.

#### A. La autonomía universitaria

La importancia de las instituciones universitarias en la sociedad ha sido reconocida de tiempo atrás. Un ejemplo lo constituye la obra de John Henry Newman de 1852 titulada “La idea de una universidad” y en la cual señaló que esta era un lugar para la comunicación y circulación de las ideas, en donde el intelecto se expande, la investigación avanza, los descubrimientos se verifican y perfeccionan y el error es expuesto, todo esto, a través de la “colisión de mente con mente y conocimiento con conocimiento”<sup>5</sup>. Es precisamente a través de las universidades como es posible entender lo que no se comprende, explicar lo complejo, descubrir lo que está oculto e identificar lo que diferencia y une a los seres humanos<sup>6</sup>.

5 “And such, for the third or fourth time, is a University...It is the place to which a thousand schools make contributions; in which the intellect may safely range and speculate, sure to find its equal in some antagonist activity, and its judge in the tribunal of truth. It is a place where inquiry is pushed forward, and discoveries verified and perfected, and rashness rendered innocuous, and error exposed, by the collision of mind with mind, and knowledge with knowledge” (“Y tal, por tercera o cuarta vez, es una Universidad... Es el lugar al cual miles de escuelas hacen contribuciones; en el cual el intelecto puede extenderse y especular sin riesgo, seguro de encontrar su igual en alguna actividad antagonista, y su juez en el tribunal de la verdad. Es un lugar donde la investigación avanza, y los descubrimientos son verificados y perfeccionados, y la imprudencia se vuelve inofensiva, y el error es expuesto, por la colisión de mente con mente, y conocimiento con conocimiento”) (traducción de la Sala). John Henry Newman, *The idea of a University*, 1852.

6 “Universities deal with the universality of knowledge; they are concerned with human beings in all their manifestations –biological, mental, emotional, objective and subjective– and their social, cultural and economic organizations and interactions with each other; they are concerned with the physical world within which human beings find themselves. They seek to understand (sic) that which we do not understand; they seek to explain complexity; they seek to discover that which is hidden from us. They seek to establish what is common to all of us and what distinguishes us each from another or each group from another”. (Las universidades tratan con la universalidad del conocimiento; ellas se interesan por los seres humanos en todas sus manifestaciones –biológico, mental, emocional, objetivo y subjetivo– y sus organizaciones sociales, culturales y económicas y su interacción entre sí; ellas se interesan por el mundo físico dentro del cual se encuentran los seres humanos. Ellas buscan entender aquello que nosotros no entendemos; ellas buscan explicar la complejidad; ellas buscan descubrir aquello que está escondido. Ellas buscan establecer lo que es

De esta suerte, las universidades promueven el avance del conocimiento humano, educan a los estudiantes, forman expertos en los distintos campos del saber<sup>7</sup> y sirven de instrumento para el desarrollo democrático de una sociedad a través de su papel de centros del conocimiento y su capacidad para desarrollar en los estudiantes y profesores una opinión crítica<sup>8</sup>.

Buscando que los entes universitarios puedan alcanzar sus objetivos y ofrezcan una educación de calidad<sup>9</sup>, se les reconoce una autonomía la cual se considera un elemento central para el cumplimiento de su misión<sup>10</sup> y una institución necesaria para el desarrollo de un sistema de educación superior<sup>11</sup>.

El origen de la autonomía universitaria ha sido ubicado por la doctrina extranjera en el siglo XIII cuando las universidades buscaron liberarse de la injerencia de la Iglesia y del Estado<sup>12</sup>. Igualmente esta figura tuvo un desarrollo muy importante en la Alemania del siglo XIX, experiencia que posteriormente influiría en el desarrollo del sistema universitario norteamericano<sup>13</sup>. En este contexto, las universidades alemanas de la época gozaban de tres libertades particulares.

La primera libertad respondía al nombre de *Lehrfreiheit*, que significaba libertad de enseñanza y en virtud de la cual se entendía que los académicos podían adelantar sus actividades de formación e investigación sin necesidad de obtener una aprobación estatal o eclesiástica

---

común para todos nosotros y lo que nos distingue a cada uno de otro o a cada grupo de otro} (traducción de la Sala). Boulton G., Lucas C. What are universities for? *Chinese Sci Bull*, Vol. 56, 2011, p. 2516.

- 7 "The importance of academic freedom is most clearly perceived in the light of the purposes for which universities exist. These are three in number: a. to promote inquiry and advance the sum of human knowledge; b. to provide general instruction to the students; and c. to develop experts for various branches of the public service". {La importancia de la libertad académica se aprecia más claramente a la luz de los propósitos por los cuales las universidades existen. Ellos son tres en número: a. promover la investigación y el avance de la suma del conocimiento humano; b. proporcionar formación general a los estudiantes; y c. desarrollar especialistas para las diferentes ramas del servicio público} (traducción de la Sala). American Association of University Professors. Declaration of Principles on Academic Freedom and Academic Tenure, 1915.
- 8 Owen Fiss, *The democratic mission of the university*, *Albany Law Review*, Vol. 76, 2012-2013, p. 544.
- 9 "The concept of institutional autonomy suggests that universities can best provide quality education if they are free from state control". {El concepto de autonomía institucional sugiere que las universidades pueden suministrar una educación de mejor calidad si ellas están libres del control estatal} (traducción de la Sala). Kelly Knivila, *Public Universities and the Eleventh Amendment*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 78, 1990, p. 1723.
- 10 "Autonomy is seen as a necessity for universities to properly discharge their mission". {La autonomía es vista como una necesidad de las universidades para que puedan cumplir su misión} (traducción de la Sala). Li-Chuan Chiang, *The relationship between university autonomy and funding in England and Taiwan*, *Higher Education* Vol. 48, 2004, p. 191. "La universidad, cuyo fundamento es el perfeccionamiento de la vida y cuyo objetivo es contribuir a la formación de individuos que reivindiquen y promuevan ese fundamento, a través del dominio de "un saber" y de la capacidad de generar conocimiento, reclamando su condición de fines en sí mismos y no de meros instrumentos, es la universidad que requiere, para "ser", del reconocimiento efectivo de su autonomía". Corte Constitucional. Sentencia del 29 de abril de 1997, C-220/97.
- 11 "Academic freedom is at the very core of the mission of the university. It is essential to teaching and research. Many would argue that a fully developed higher education system cannot exist without academic freedom" {La libertad académica se encuentra en el centro de la misión de la universidad. Es esencial para la enseñanza y la investigación. Muchos argumentarían que un sistema de educación totalmente desarrollado no podría existir sin la libertad académica} (traducción de la Sala). Philip G. Altbach, *Academic freedom: International realities and challenges*, *Higher Education*, Vol. 41, 2001, p. 205.
- 12 "Academic freedom has roots that have been traced back to the thirteenth century when universities sought freedom from both Church and State by playing one off against the other in pursuit of more institutional autonomy". {La libertad académica tiene raíces que se remontan al siglo trece cuando las universidades buscaron liberarse tanto de la Iglesia como del Estado enfrentándose a estas con el objetivo de alcanzar una mayor autonomía institucional} (traducción de la Sala). Judith Areen, *Government as Educator: A New Understanding of First Amendment Protection of Academic Freedom and Governance*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2009, p. 949.
- 13 "For a variety of reasons, circumstances changed in the post-Civil War period. One significant factor that contributed to the growth of an American conception of professional academic freedom was the influence of the German universities, which recognized a strong, if limited, set of principles governing academic freedom. That influence was "transplanted onto American soil" by American students and academics who studied in Germany in significant numbers in the mid- to late-nineteenth century". {Por una variedad de razones, las circunstancias cambiaron en el periodo posterior a la Guerra Civil. Un factor significativo que contribuyó al crecimiento de una concepción norteamericana de la libertad académica profesional fue la influencia de las universidades alemanas, las cuales reconocían un conjunto fuerte, aunque limitado, de principios que regulan la libertad académica. Esta influencia fue "trasplantada a suelo americano" por estudiantes y académicos norteamericanos que estudiaron en Alemania en un número importante en la mitad del siglo diecinueve}. (traducción de la Sala). Paul Horwitz, *Grutter's first amendment*, *Boston College Law Review*, Vol. 46, 2005, p. 474. Véase también: Walter P. Metzger, *Profession and Constitution: two definitions of academic freedom in America*, *Texas Law Review*, Vol. 66, 1988, p. 1269.

o temer una reprimenda por parte de estos. La segunda libertad se conoció con el nombre de *Lernfreiheit*, entendida como libertad de aprendizaje, y la cual buscaba que los estudiantes universitarios fueran tratados como seres maduros y autosuficientes, y en consecuencia, no debían estar sujetos a reglas de supervisión y de requisitos de asistencia o evaluación. Igualmente los estudiantes debían gozar tanto de la facultad de escoger sus propias asignaturas y su lugar de residencia, como de la potestad de auto gobernarse. Finalmente la tercera libertad respondía al nombre de *Freiheit der Wissenschaft*, que traducida autogobierno académico. En virtud de esta se entendía que a pesar de que los recursos de las universidades tuvieran origen estatal, los entes universitarios debían tener la capacidad de tomar sus propias decisiones en asuntos internos y con la participación de sus propios miembros<sup>14</sup>.

En el contexto colombiano la figura de la autonomía universitaria ha sido reconocida tanto en el ámbito jurisprudencial como normativo. Así, la jurisprudencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la considera como una manifestación de la naturaleza democrática, participativa y pluralista del Estado Social Derecho que establece y promueve la Carta Política colombiana<sup>15</sup> y en virtud de la cual se reconoce a las universidades:

“[L]a capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la Ley, de un margen de manejo y organización que le permita al ente universitario dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado”<sup>16</sup>.

Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana se refirió a la autonomía universitaria en la sentencia C-008/01 en los siguientes términos:

“Las instituciones de educación superior tanto públicas como privadas son titulares de autonomía constitucionalmente reconocida (Artículo 69 C.P.) en cuyo desarrollo ostentan potestades en virtud de las cuales pueden organizarse, estructural y funcionalmente, auto-regularse y autocontrolarse, delimitando, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito para el desarrollo de sus actividades”<sup>17</sup>.

La autonomía universitaria permite el desarrollo de las libertades de investigación, pensamiento y de cátedra, así como también la creación y difusión del conocimiento, todo ello dentro de un marco libre de interferencias o injerencias por parte del ejecutivo, lo cual es necesario para el progreso de la sociedad y la democracia<sup>18</sup>. En esta dirección la jurisprudencia constitucional ha señalado:

14 Horwitz, Ob. cit., pp. 474-475. Areen, Ob. cit., p. 955. Metzger, Ob. cit, pp. 1269-1270.

15 “Autonomía universitaria que al decir de la Corte representa no solo una garantía institucional que respalda la capacidad de autorregulación y autogestión de las instituciones oficiales y privadas que prestan el servicio público de educación superior, sino también una manifestación del carácter democrático, participativo y pluralista de nuestro Estado Social de Derecho, en la medida en que dicha autonomía propugna por el desarrollo integral del educando en un ambiente donde imperen las libertades de pensamiento, enseñanza y aprendizaje, cátedra e investigación, impidiendo que en la formación académica haya una intromisión indebida de los órganos del poder público”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de febrero de 2003, C/121/03.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 24 de enero de 2013, Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01530-01(0932-11). Véase igualmente Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicación número: 76001-23-31-000-2003-02047-02(2218-11); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 15 de diciembre de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-01125-02(1789-11); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 23 de junio de 2011, Radicación número: 13001-23-31-000-2003-00632-02(2389-10).

17 Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 9 de diciembre de 2004, T-1228/04.

18 “De conformidad con el artículo 69 de la Constitución Política, las Universidades gozan de un importante grado de autonomía, por tanto, son órganos independientes que cumplen algunas funciones del Estado, entre ellas auspiciar el derecho fundamental a la educación, en la que están comprometidos el futuro, el progreso y la libertad, para que la instrucción en todas sus formas, quede a salvo de las injerencias del poder, de los gobiernos de turno y de los vaivenes de la política; pues la libertad de investigación, de pensamiento y de cátedra, así como la creación y difusión

“Dicha garantía parte del supuesto de que una sociedad democrática, pluralista y respetuosa de la diversidad solamente puede fortalecerse si se asegura la independencia académica, la mínima intervención del Estado en aspectos que definen la ideología, la diversidad de los métodos de enseñanza y la libertad en el manejo administrativo y financiero de las instituciones de educación superior”<sup>19</sup>.

La autonomía universitaria cuenta también con un claro reconocimiento y desarrollo constitucional y legal dentro del ordenamiento jurídico nacional. De esta suerte, el artículo 69 de la Carta Política de forma expresa señala que se garantiza la autonomía universitaria y que las universidades disfruten de la potestad de darse sus propias directivas y gobernarse por sus propios estatutos<sup>20</sup>.

Este mandato constitucional encuentra desarrollo en los artículos 28 y 29 de la Ley 30 de 1992, los cuales señalan los distintos aspectos que conlleva la referida autonomía. Así, en virtud del primero se entiende que las universidades tienen la potestad de: i) establecer y modificar sus estatutos, ii) escoger sus autoridades académicas y administrativas, iii) crear, organizar y desarrollar los programas académicos que ofrecen, iv) determinar y organizar sus labores de formación, académicas, docentes, científicas y culturales, v) otorgar títulos, vi) seleccionar a su cuerpo profesoral, vii) admitir a sus alumnos, viii) establecer los regímenes de estos y ix) arbitrar y aplicar sus recursos con el objetivo de dar cumplimiento a su misión social y función institucional.

Así la autonomía universitaria, concebida también como una garantía institucional<sup>21</sup>, otorga a los entes universitarios la capacidad de auto regularse y auto gestionarse<sup>22</sup>. En este

---

del conocimiento son valores prioritarios para la democracia y el progreso de una sociedad... La autonomía universitaria busca un entorno para la creación, difusión y democratización del conocimiento, necesario para el desarrollo técnico e intelectual de la sociedad, pues mover las fronteras del saber se relaciona positivamente con el bienestar y el progreso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 3 de junio de 2010, Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01030-01(1554-09); “Esta Corporación ha considerado que el principio de autonomía que rige a las universidades fortalece la democracia, pues permite que la educación como un derecho de todas las personas y un servicio público que tiene una función social, se realice en un ambiente de independencia, libertad de pensamiento, libertad de cátedra, investigación científica y tecnológica, entre otras características, con capacidad de decisión frente a las entidades políticas que hacen parte del poder público del Estado”. Corte Constitucional. Sentencia del 7 de julio de 2011, T-551/11. Véase también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 27 de enero de 2011, Radicación número: 08001-23-31-000-2002-01431-01(2124-07).

- 19 Corte Constitucional. Sentencia del 7 de julio de 2011, T-551/11. Igualmente, en otra oportunidad se señaló: “Desde el punto de vista de la teoría política del Estado, la incorporación de ese principio en el orden jurídico interno, representa una clara manifestación de la orientación democrática y humanista que rige los destinos de la nación colombiana, la cual, al definirse como un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista (C.P. art. 1°), está llamada a hacer posible, también en las áreas de la educación y la cultura, el desarrollo integral del ser humano dentro de un clima de total independencia y de libertad de pensamiento, enseñanza y aprendizaje”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de octubre de 2000, C-1435/00.
- 20 “[L]a autonomía universitaria, garantizada por el artículo 69 de la Constitución Política de 1991, se traduce en comportamientos administrativos de gestión, tales como darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas, lo cual significa que la institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le establece al reconocerle la calidad de universidad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2013, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02603-03(1656-12). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 24 de enero de 2013, Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01530-01(0932-11); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 28 de junio de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2006-02529 02(0156-12).
- 21 “Ahora bien, de la naturaleza jurídica de la figura contemplada en el artículo 69 constitucional se derivan importantes consecuencias en cuanto a su alcance y comprensión. Como es sabido la categoría de garantía institucional es acuñada en los años veinte de este siglo por la doctrina alemana para referirse a determinadas instituciones no esenciales o centrales, pero sí típicas, y por tanto necesarias, de la organización político administrativa. Gracias a su reconocimiento constitucional gozan de protección, especialmente frente al legislador, pues a este último al regularlas le estaría vedado suprimirlas, vaciarlas de contenido o desfigurarlas, con esta prohibición queda garantizada la imagen maestra de la institución o *Leit-Bild*”. Corte Constitucional. Sentencia del 21 de febrero de 2008, C-162/08.
- 22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00257-00. “El artículo 69 de la Constitución consagra la autonomía universitaria, la cual ha sido interpretada como una garantía institucional que busca legitimar la capacidad de autorregulación y autogestión, tanto en el campo educativo como administrativo, de las instituciones oficiales o privadas, encargadas del servicio público de educación superior”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de septiembre de 2003, C-810/03. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2013, T-141/13; Corte Constitucional. Sentencia del 2 de octubre de 2008, T-945/08; Corte Constitucional. Sentencia del 30 de agosto de 2013, T-603/13; Corte Constitucional. Sentencia del 1° de diciembre de 2009,

sentido, se entiende que la autonomía universitaria comprende dos grandes potestades: i) la autorregulación filosófica y ii) la autorregulación o autodeterminación administrativa<sup>23</sup>. En la primera se incorporan las libertades de pensamiento, cátedra, enseñanza, así como también el derecho a escoger una opción educativa. Por su parte la segunda se relaciona con el manejo técnico, económico y de gestión del ente universitario<sup>24</sup>.

Asimismo, en virtud de la autonomía universitaria las universidades estatales u oficiales no integran ninguna de las ramas del poder público buscando con esto no solamente dotarlas de una libertad de acción para la ejecución de su misión y el desarrollo de las actividades que ella conlleva<sup>25</sup>, sino también permitir que la formación académica se desarrolle en un contexto ajeno a injerencias del poder público respecto a su ideología, desarrollo académico, administrativo y financiero<sup>26</sup>.

Con todo, a pesar de la autonomía de la que son titulares las universidades, no puede entenderse que esta es absoluta pues en todo caso estas se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley<sup>27</sup>. En esta dirección, diversos mandatos constitucionales limitan la autonomía

T-886/09; Corte Constitucional. Sentencia del 6 de marzo de 2008, T-234/08; Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2005, C-926/05; Corte Constitucional. Sentencia del 23 de septiembre de 2010, C-768/10, Corte Constitucional. Sentencia del 25 de octubre de 2000, C-1435/00.

23 Corte Constitucional. Sentencia del 17 de enero de 2001, C-008/01.

24 Corte Constitucional. Sentencia del 20 de marzo de 2013, T-153/13.

25 “El Constituyente, consciente del papel de estas instituciones, dispuso que las Universidades fueran entes autónomos en cuanto al libre pensar, al desarrollo del conocimiento, la libre concepción de la sociedad y las formas de organización, con libertad para generar, aplicar y transmitir conocimiento en los campos de las humanidades, la ciencia, las artes, la filosofía, la técnica y la tecnología, la investigación y el desarrollo de nuevas aplicaciones en los diferentes campos del saber mediante actitudes críticas; la autonomía se finca, pues, en la necesidad de desarrollar de forma independiente y ajena de toda interferencia los fines propios de la Universidad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 23 de septiembre de 2010, Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00143-00(6016-05).

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1º de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00204-00(0679-11); “Y de acuerdo con lo prescrito por el artículo 113 Superior, los Entes Universitarios se constituyen en órganos autónomos e independientes de los que integran las Ramas del Poder Público, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado; autonomía, que además de significar la no pertenencia a ninguna de las Ramas del Poder, implica la posibilidad de actuar por fuera de las mismas, al igual que la titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la función constitucional encomendada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 27 de enero de 2011, Radicación número: 08001-23-31-000-2002-01431-01(2124-07); “[L]a autonomía se predica no solo hacia el interior del ente universitario sino frente a terceros y frente al Gobierno nacional. Por ello se ha sostenido que ella permite a los entes universitarios lograr un desarrollo autónomo e independiente de la comunidad educativa, sin la injerencia del poder político”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2005, C-926/05. Véase también Corte Constitucional. Sentencia del 18 de septiembre de 2003, C-810/03.

27 “[E]l ente universitario puede dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado...En conclusión la autonomía universitaria no es absoluta, en materia del régimen salarial y prestacional de sus empleados, pues los entes autónomos están sometidos a la normatividad legal y constitucional pertinente”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2013, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02603-03(1656-12). Véase igualmente: “Esta autonomía debe reflejarse entonces en los estatutos que para tal efecto dicten estos entes, siempre ajustados a la Constitución y la ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1º de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00204-00(0679-11). “Esta autonomía significa que la institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le permite al reconocerle la calidad de Universidad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 24 de enero de 2013, Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01530-01(0932-11); “Si bien es cierto que las Universidades gozan de autonomía que la propia Constitución y la Ley les han conferido, no es menos cierto que la Carta Política sin excepción alguna dejó al Legislador la facultad de reglar el régimen de responsabilidad de los servidores públicos y su procedimiento”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00257-00; “La autonomía Universitaria no incluye la facultad de reglamentar el régimen pensional de sus empleados dado que tal función es exclusiva del Congreso de la República por expresa disposición de la Constitución Política”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 29 de marzo de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-05354-03(1788-11); “Así las cosas, uno de los límites que se ha trazado a la actividad autónoma que pueden desarrollar las Universidades, es precisamente el del respeto por el debido proceso, pues esta Corte ha sido clara en establecer que la autonomía no puede, bajo ninguna circunstancia ser sinónimo de arbitrariedad, por esto, es obligatorio que en los reglamentos se señalen las conductas que pueden ser consideradas como faltas, la sanción que eventualmente acarrearían, así como el procedimiento que se debería llevar a cabo en caso de que algún estudiante incurra en una de ellas”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2013, T-141/13; “Este tribunal ha considerado que cuando entra en conflicto el principio constitucional de la autonomía de las universidades con los derechos fundamentales a la educación y a la maternidad, se debe procurar y dar prevalencia a estos últimos”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de agosto de 2013, T-603/13; “Tales prerrogativas no pueden interpretarse en el sentido de abandonar su regulación al entero poder discrecional de las universidades, pues estas facultades han de ser ejercidas dentro del marco que fija la Constitución Nacional, y en tal sentido, el orden público, el interés general, el bien común y, desde luego, el respeto por los derechos constitucionales fundamentales”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de noviembre de 2008, T-1105/08. “En consecuencia, la autonomía universitaria no puede ser comprendida en términos de soberanía universitaria, y por ende, no toda regulación legal que afecte el presupuesto, la administración, el gobierno o la disposición de los bienes de las universidades públicas puede ser entendida, per se, como una vulneración de la autonomía universitaria. De allí que la autonomía universitaria deba ser entendida en términos racionales, de manera amplia, no pudiendo estimar que la misma se vulnera por la imposición de una limitación temporal sobre el disfrute de un bien inmueble, situación que ya venía presentándose desde el pasado”. Corte

universitaria, destacándose entre estos los siguientes: i) la potestad del Estado de regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación (artículo 67), ii) la potestad del legislador para expedir disposiciones de carácter general en virtud de las cuales las universidades puedan darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos (artículo 69), iii) la facultad de proferir leyes dirigidas a regular la prestación efectiva de los servicios públicos (artículo 150-23), y iv) el respeto por los derechos fundamentales (Título II, Capítulo II de la Constitución Política)<sup>28</sup>.

## B. Las universidades públicas

Las universidades estatales u oficiales, ya sean nacionales o territoriales, han sido concebidas por esta Corporación como:

*“Instituciones de Educación Superior, organizadas como órganos autónomos del Estado por su naturaleza y función, vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y planeación del sector educativo, sujetas a un régimen legal especial consagrado en la Ley 30 de 1992; por consiguiente sus servidores son públicos, clasificados entre docentes empleados públicos, empleados administrativos y trabajadores oficiales, cuyos salarios y prestaciones sociales cubre el Estado a través del presupuesto nacional, específicamente de asignaciones para gastos de funcionamiento”<sup>29</sup>”.*

Originalmente las universidades públicas eran dependencias del Ministerio de Educación Nacional y se encontraban sujetas a la dirección política y administrativa del gobierno. Posteriormente, el legislador les otorgó la calidad de establecimientos públicos, lo que les otorgó personería jurídica, patrimonio propio y capacidad para contratar.

Sin embargo, la calificación de los entes universitarios como establecimientos públicos tra-  
jo como consecuencia que su desarrollo académico y el ejercicio de su autonomía se viera afectado debido a la necesidad de que sus objetivos se ajustaran a una estructura inadecuada, dependiente y supeditada al ejecutivo, que no respondía a los fines propios y particulares de un ente de educación superior<sup>30</sup>.

Constitucional. Sentencia del 7 de junio de 2006, C-452/06; “Reiteradamente esta Corporación se ha pronunciado sobre el derecho a la educación y a la autonomía universitaria, garantías que frecuentemente entran en conflicto. Así, ha sostenido que aunque es posible que las instituciones educativas creen sus propios reglamentos, tal regulación no puede desconocer u obstaculizar la materialización del núcleo esencial del derecho a la educación, el cual consiste en el acceso y la permanencia de los estudiantes en el sistema educativo”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de febrero de 2012, T-068/12; “Ese tipo de autonomía, entendida como capacidad de autodeterminación ajena a la injerencia del poder ejecutivo, se hace viable en la estructura del Estado en los términos del artículo 113 de la C.P., el cual establece, que además de los órganos que integran las ramas del poder público, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, entre ellos el Banco de la República (art. 371 C. P.); la denominada Comisión Nacional de Televisión (art. 77 C. P.), y las universidades del Estado (art. 69 C. P.), organismos todos a los que el Constituyente dotó de autonomía, no obstante su carácter de organismos de derecho público, sujetos a un régimen legal propio, lo que quiere decir que exigen por parte del legislador un tratamiento especial, que les permita efectivamente ejercer esa prerrogativa, sin que ello implique “...exonerarlas de todo punto de contacto con el Estado”<sup>8</sup>, o no admitir el control fiscal que sobre ellas debe ejercer la Contraloría General de la República, en cuanto se nutren de recursos públicos”. Corte Constitucional. Sentencia del 29 de abril de 1997, C-220/97.

28 Corte Constitucional. Sentencia del 21 de febrero de 2008, C-162/08; Corte Constitucional. Sentencia del 25 de octubre de 2000, C-1435/00.

29 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del 1º de agosto de 2013, Radicación numero: 11001-03-25-000-2011-00204-00(0679-11).

30 “Es innegable que la experiencia de las universidades oficiales mientras fueron clasificadas como establecimientos públicos fue desafortunada, pues su desarrollo académico y el ejercicio de la autonomía que les es consustancial se vieron obstaculizados por la permanente necesidad de ajustar sus objetivos a una estructura inadecuada, dependiente y supeditada al ejecutivo, que no correspondía con los fines que le son propios; de hecho, una de las funciones que las define como tales, la investigación, no pudo lograr un desarrollo fluido y racional en dicho esquema jurídico administrativo, razón por la cual fue necesario, en muchas ocasiones, recurrir al diseño de mecanismos jurídicos de excepción que les permitieran cumplir con esa primordial tarea”. Corte Constitucional. Sentencia del 29 de abril de 1997, C-220/97.



De allí entonces que con la Constitución Política de 1991 se modificara nuevamente su naturaleza jurídica al otorgarles la categoría de entes autónomos del Estado<sup>31</sup>, calificación esta que se mantiene actualmente.

Como características de las universidades estatales y oficiales es posible identificar las siguientes: i) son de creación legal, ii) tienen personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera y patrimonio independiente, iii) disfrutaban de la facultad de elaborar y manejar su presupuesto en consideración a las funciones que desarrollan, iv) están vinculadas al Ministerio de Educación Nacional respecto a las políticas y planeación del sector educativo<sup>32</sup>, v) no integran ninguna de las ramas del poder público<sup>33</sup>, vi) sus funcionarios tienen la calidad de servidores públicos<sup>34</sup> y vii) cuentan en sus órganos de gobierno con la participación de representantes del Estado sin que ello involucre una violación de la autonomía de la cual son titulares<sup>35</sup>.

### C. La edad de retiro forzoso

El cumplimiento de una determinada edad como justa causa para desvincular a un trabajador ha sido objeto de distinto tratamiento alrededor del mundo. Por ejemplo, en países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Estados Unidos y el Reino Unido esta regla fue eliminada de forma general<sup>36</sup>. Por el contrario, en países como Francia, Japón, Suecia e Irlanda el retiro forzoso por edad es un criterio que continúa vigente<sup>37</sup>.

Distintos argumentos a favor y en contra de la figura de la edad de retiro forzoso han sido esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, quienes se oponen a esta ar-

31 Corte Constitucional. Sentencia del 21 de mayo de 2008, C-507/08.

32 “Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo. Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden. El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley”. Ley 30 de 1992, artículo 57 modificado por el artículo 1° de la Ley 647 de 2001.

33 “[C]omo lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación las universidades estatales por su carácter de entes autónomos no conforman ninguna de las ramas del poder ni pueden formar parte de la administración nacional”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de febrero de 2003, C/121/03.

34 “Las Universidades Estatales, no obstante su naturaleza jurídica de carácter autónomo, que les permite de conformidad con el artículo 28 de la Ley 30 de 1992, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear y desarrollar sus programas académicos, organizar todas sus labores, otorgar títulos, seleccionar profesores y admitir alumnos y adoptar sus regímenes, indiscutiblemente son parte del Estado y, en consecuencia, el personal que en ellas preste sus servicios, ostentan la calidad de servidores públicos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de marzo de 2012, Radicación número: 47001-23-31-000-2004-02080-01(0117-09). Véase igualmente: “Las universidades públicas, como se ha dicho, son órganos autónomos del Estado, que por su naturaleza y funciones gozan de esa condición y están sujetas a un régimen legal especial que en la actualidad está consagrado en la ley 30 de 1992; dada esa caracterización sus servidores son servidores públicos, que se dividen entre docentes empleados públicos, empleados administrativos y trabajadores oficiales, cuyos salarios y prestaciones sociales cubre el Estado a través del presupuesto nacional, específicamente de asignaciones para gastos de funcionamiento”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de marzo de 1998, C-053/98.

35 En este sentido se ha señalado: “Las Universidades Públicas en Colombia, son creadas por ley y cuentan con representantes del Estado en sus órganos de dirección sin que ello atente contra su autonomía universitaria. (...) Como se anotó arriba, la presencia del Estado en los órganos de gobierno de dichos entes universitarios responde a la necesidad de coordinación de las políticas de educación y se inspira en la necesidad de garantizar la colaboración armónica entre las diferentes entidades y los órganos autónomos e independientes del Estado, para la realización de sus fines, particularmente en lo que atañe al imperativo de profundizar en la efectividad del derecho a la educación”. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, C-1019/12.

36 Ageing and Employment Policies: Norway 2013: Working Better with Age, OECD (2013), p. 85. Véase también Wood, A., M. Robertson and D. Wintersgill, “A Comparative Review of International Approaches to Mandatory Retirement”, Department for Work and Pensions Research, Report n.º 674, (2010), pp. 2-3.

37 Ibidem.

gumentan que se trata de un criterio injusto<sup>38</sup>, discriminatorio<sup>39</sup> y arbitrario<sup>40</sup>. Igualmente señalan que constituye un criterio insuficiente para valorar la habilidad de un empleado para adelantar una determinada labor<sup>41</sup>, limita las oportunidades para que futuros trabajadores e integrantes de minorías sean contratados<sup>42</sup>, genera la pérdida de empleados productivos<sup>43</sup> y afecta la condición económica de la persona que debe ser retirada<sup>44</sup>. Finalmente, consideran que la decisión de emplear o mantener a un trabajador no debe tomarse con fundamento en el criterio de la edad sino en atención a sus calidades, puntualidad, confianza, responsabilidad y capacidad<sup>45</sup>.

Por su parte quienes defienden la figura del retiro forzoso al alcanzarse cierta edad señalan que: i) es un mecanismo válido para asegurar una fuerza de trabajo efectiva y productiva<sup>46</sup>,

- 38 "The significant increase in individual differences makes a good retirement age hard to estimate and generalize (...) Finding an optimal and justified period of retirement along the course of life is (...) rather difficult. One thing is, however, crystal clear – having age as the only criterion is the most unjust solution for retirement". [El incremento significativo en diferencias individuales hace difícil estimar y generalizar una adecuada edad de retiro forzoso (...). Una cosa es, sin embargo, clara – tener la edad como único criterio es la solución más injusta para el retiro–] (traducción de la Sala). Juhani Ilmarinen, Towards a Longer Working Life! Ageing and the Quality of Working Life in the European Union, Finnish Institute of Occupational Health/Ministry of Social Affairs and Health, Helsinki, 2006, p. 395.
- 39 "At first glance (and for many persons, at all subsequent glances) mandatory retirement appears to constitute age discrimination. It is a blunt rule that requires people to retire at a specified age – it is not tied to any qualification or occupational requirement". [A primera vista (y para muchas personas, desde todo punto de vista) el retiro forzoso en virtud de la edad es discriminatorio. Es una regla brusca que impone que las personas se retiren a cierta edad –no está unida a ninguna calificación o requisito ocupacional–] (traducción de la Sala). Gunderson, Ob. cit., p. 322.
- 40 "Mandatory retirement is a classic example of the denial of equality on improper grounds. It involves the arbitrary treatment of individuals simply because they are members of an identifiable group. Mandatory retirement does not allow for consideration of individual characteristics ... It is an easy way of being selective that is based, in whole or in part, on stereotypical assumptions about the performance of older workers. In the result, it denies individuals equal opportunity to realize the economic benefits, dignity and self-satisfaction that come from being part of the workforce". [El retiro forzoso es un ejemplo clásico del rechazo a la igualdad por razones equivocadas. Envuelve el tratamiento arbitrario de individuos simplemente porque son miembros de un grupo identificable. El retiro forzoso no permite el análisis de características individuales...es una forma fácil de ser selectivo basado, en todo o en parte, en suposiciones de estereotipos sobre el rendimiento de los trabajadores mayores. Como resultado, niega a los individuos iguales oportunidades para alcanzar los beneficios económicos, la dignidad y la satisfacción personal de ser parte de la fuerza laboral] (traducción de la Sala). Marc L. Kesselman, Putting the professor to bed: mandatory retirement of tenured university faculty in the United States and Canada, Comparative Labor Law & Policy Journal, 1995, Vol. 17, p. 220.
- 41 "Chronological age alone is a poor indicator of ability to perform on the job. Mandatory retirement at a fixed age does not take into account a worker's abilities and capacities, which vary sharply from individual to individual". [La edad cronológica sola es un pobre indicador de la habilidad para desempeñarse en el trabajo. El retiro forzoso a una edad determinada no toma en consideración las habilidades y capacidades del trabajador, las cuales pueden variar claramente de individuo a individuo] (traducción de la Sala). United States Senate, The Next Steps in Combating Age Discrimination in Employment: with Special Reference to Mandatory Retirement Policy. A Working Paper Prepared for use by the Special Committee on Aging, 95th Congress, 1st. Session, August, 1977, p. 20. Disponible en: <http://www.aging.senate.gov/imo/media/doc/reports/rpt577.pdf>.
- 42 "Dunlop identified two major problems with eliminating mandatory retirement. The first was that allowing faculty to remain employed indefinitely would continue to limit already reduced opportunities for prospective faculty. ...With no mandatory retirement to unplug the system, faculty fresh out of graduate school would have limited opportunities, which would deprive higher education institutions of the innovative ideas and perspectives that younger minds tend to provide. n27 Fewer positions also would be available for women and minorities, who had been considerably underrepresented among the professoriate". [Dunlop identificó dos grandes problemas con la eliminación del retiro forzoso. El primero era que permitir que los profesores permanecieran empleados indefinidamente continuaría limitando las ya reducidas oportunidades para posibles profesores...sin retiro forzoso que permita desbloquear el sistema, profesores recién graduados tendría oportunidades limitadas, lo cual privaría a las instituciones de educación superior de las ideas y perspectivas innovadoras que las mentes más jóvenes tienden a proveer. Menos posiciones también estarían disponibles para mujeres y minorías, quienes han estado considerablemente infrarrepresentados en la academia] (traducción de la Sala). Michael D. Jacobsen, Old School? O.K.: No Need to Return to Mandatory Retirement in Higher Education, The Elder Law Journal, 2010, 18 Elder L.J. 71.
- 43 "Proponents of mandatory retirement recognize, however, that this: practice poses some disadvantages for the employee and the employer. . Among the disadvantages is the fact that the company faces the loss of skilled employees who may have many more years of productivity". [Los proponentes del retiro forzoso reconocen, sin embargo, que esta práctica tiene algunas desventajas para el empleado y el empleador...entre las desventajas está el hecho de que la compañía enfrenta la pérdida de empleados hábiles que pueden tener muchos más años de productividad] (traducción de la Sala). United States Senate, Ob. cit., p. 19.
- 44 "Mandatory retirement can cause financial hardship for older persons. Many elderly individuals need to work because social security benefits are inadequate". [El retiro forzoso puede generar dificultades financieras a las personas mayores. Muchas personas de la tercera edad necesitan trabajar porque sus beneficios de seguridad social son inadecuados] (traducción de la Sala). Ibidem, p. 24.
- 45 "Proponents of abolishing mandatory retirement called for the eradication of "negative stereotypes" based upon age, as well as the parallels between "ageism" and racism and sexism.n71 ... "You mustn't let the criterion of whether or not you employ that individual or keep him employed be his age. It's his qualifications, his punctuality, his reliability, his responsibility, his capacity". [Los proponentes de abolir el retiro voluntario apoyan la erradicación de "estereotipos negativos" basados en la edad, así como también en los paralelos entre "ageismo" y racismo y sexismo... "Usted no debe dejar que el criterio de si emplea a un individuo o lo mantiene empleado sea la edad. Son sus calificaciones, puntualidad, confianza, responsabilidad, capacidad"] (traducción de la Sala). Julie C. Suk, Evolutions in antidiscrimination law in Europe and North America: from antidiscrimination to equality: stereotypes and the life cycle in the United States and Europe, The American Journal of Comparative Law, Vol. 60, 2012, p. 91.
- 46 "The justification most commonly offered for mandatory retirement schemes is that there is a reasonable connection between increased age and declining job capabilities so that mandatory retirement is a convenient method of insuring an effective and productive work force". [La justificación más utilizada para los esquemas de retiro forzoso es que existe una razonable conexión entre el incremento de la edad y el declive de las habilidades laborales de tal manera que el retiro forzoso es un método conveniente para asegurar una fuerza laboral efectiva y productiva] (traducción de la Sala). O'Neill, v. Baine,

ii) aumenta las oportunidades para que personas calificadas y con nuevas ideas y métodos ingresen al servicio público<sup>47</sup>, iii) constituye una herramienta efectiva para lograr un servicio público eficiente, atractivo y altamente calificado<sup>48</sup>, iv) facilita la predictibilidad y la administración tanto a empleados como a empleadores<sup>49</sup>, v) promueve el derecho a la igualdad<sup>50</sup>, vi)

Jr., Supreme Court of Missouri, 568 S.W.2d 761, 1978. "The widespread approval of mandatory retirement clauses reflects the deeply rooted belief that no employment can transcend a "natural" "biological" limit. Work is, in other words, perceived as a process whose demands can be met less and less, the older employees get. Thus the conviction that work must simply stop once a certain age is reached is presented as the logical consequence of an assumed inability to satisfy the expectations linked to the employment relationship". {La amplia aprobación de las cláusulas de retiro forzoso reflejan la profunda creencia de que ningún empleo puede superar un límite "biológico" "natural". El trabajo es, en otras palabras, percibido como un proceso cuyas demandas pueden ser menos satisfechas a medida que el empleado envejece. Por lo tanto la convicción de que el trabajo debe simplemente detenerse una vez cierta edad es alcanzada es presentado como la consecuencia lógica de una inhabilidad asumida para satisfacer las expectativas ligadas a una relación laboral} (traducción de la Sala). Spiros Simitis, Denationalizing labour law: the case of age discrimination, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 15, 1994, p. 327.

- 47 "Third, mandatory retirement increases the opportunity for qualified persons -- men and women alike -- to share in the judiciary..."Such a provision not only achieves the maximum in qualified judicial personnel, but equally important widens the opportunities for qualified younger members of the Bar to seek a judicial post. Rephrasing Palmer v. Ticcione, a state might prescribe a mandatory retirement for judges in order to "open up" judicial opportunities for younger lawyers and to bring young persons with fresh ideas and techniques into the system". {Tercero, el retiro forzoso incrementa la oportunidad de contar con personas calificadas -hombres y mujeres- en la rama judicial...}tal mandato no solo alcanza lo máximo en personal judicial calificado, sino igualmente importante amplía las oportunidades para que miembros de la barra jóvenes y calificados busquen un trabajo en la rama judicial. Parafraseando Palmer v. Ticcione, un Estado debe establecer un retiro obligatorio para los jueces con el objeto de abrir oportunidades en la judicatura para abogados más jóvenes y vincular personas jóvenes al sistema con ideas y técnicas frescas} (traducción de la Sala). O'Neil, v. Baine, Jr, Supreme Court of Missouri, 568 S.W.2d 761, 1978.
- 48 "Mandatory retirement insured that younger people would be afforded advancement opportunities and thereby be encouraged to enter or continue government employment. Senate Report n.º 99, 66th Cong., 1st Sess. 2, 3 (1919); 59 Cong. Rec. 2501-250, 6290-6291, 6295, 6297 (1920)...The mandatory retirement provision unquestionably is a rational and effective measure to achieve the Congressional goal of an efficient, enticing, and highly qualified civil service". {El retiro forzoso asegura que personas más jóvenes disfruten de oportunidades de ascenso y de esta manera se motiven a entrar o continuar en un empleo gubernamental... El mandato de retiro forzoso sin duda alguna es una medida efectiva y racional para alcanzar la meta del Congreso de un servicio civil eficiente, tentador y altamente calificado} (traducción de la Sala). Issarescu v. Cleland, United States District Court for the District of Rhode Island, 465 F. Supp. 657, 1979.
- 49 "For employers, having a known termination date to a particular contractual arrangement facilitates planning for replacements, pension payouts, training and upgrading, as well as for medical and disability payments. The latter may be particularly important for older workers (Billings, 1986). For employees, a fixed retirement date pressures them to plan for their retirement and this, in turn, is likely to leave them better prepared for the eventuality of retirement (Burke, 1984; Wall and Shatshat, 1981). If they know their likely retirement date, employees are more likely to participate in retirement planning programs, to save for retirement, perhaps even to search for alternative employment or to prepare for a geographic move". {Para los empleadores, conocer la fecha de terminación de un determinado contrato facilita planear los reemplazos, los pagos pensionales, el entrenamiento y los ascensos, así como también los pagos médicos y de incapacidad. Lo último puede ser particularmente importante para los trabajadores mayores. Para los empleados, una fecha de retiro determinada los presiona para que planeen su retiro y por tanto, en consecuencia, es probable que los prepare mejor para el retiro eventual. Si conocen su posible fecha de retiro, los empleados son más propensos a participar en programas de retiro, ahorrar para su retiro, y aun tal vez para buscar un trabajo alternativo o para prepararse para un desplazamiento geográfico} (traducción de la Sala). Morley Gunderson y James Pesando, The case for allowing mandatory retirement, Canadian Public Policy - Analyse of Politiques, XIV, 1988, p. 36; "Under mandatory retirement, employees can plan ahead. The older employee is on notice that his working career will be over on a fixed date, and that there is no escaping it. And the younger employee can see more clearly when the path ahead will be opening up for him. Third, the employer can plan ahead: he can arrange for an orderly succession and avoid inadequate staffing or overstaffing". {Bajo el retiro forzoso, los empleados pueden planear con anticipación. El empleado mayor conocer que su carrera profesional finalizará en una fecha determinada, y que no hay escape a ello. Y el trabajador más joven puede ver más claramente cuando el camino se abrirá para él. Tercero, el empleador puede también planear por anticipado: él puede organizar un suceso organizada y evitar una inadecuada o sobre contratación} (traducción de la Sala). Harrison Ivens, Jr., An Evaluation of Mandatory Retirement, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 438, Jul. 1978, p. 51. "Mandatory retirement is predictable, and it enables management and employees to plan for the future. Mr. Jankowski added: It allows the employee to plan better for his or her own future, by completely removing any doubt as to the required age of retirement. It also provides the retirees with the freedom and income to pursue fulfilling goals in other areas while they are still young enough to do so. And it allows the company to plan far more efficiently for its future". {El retiro forzoso es predecible, y permite a la administración y a los empleados planear para el futuro. Jankowski agregó: el retiro forzoso permite al empleado planear mejor su propio futuro, removiendo completamente cualquier duda sobre la edad requerida para el retiro. También provee a los retirados con la libertad y el ingreso para buscar otras metas gratificantes en otras áreas mientras todavía son lo suficientemente jóvenes para hacerlo. Y el retiro forzoso permite a la compañía planear su futuro de forma más eficiente} (traducción de la Sala). United States Senate, Ob. cit., p. 18.
- 50 "European law has taken a different approach to mandatory retirement. Recent analyses of jurisprudence, both in the ECJ and in domestic courts, suggest that mandatory retirement is an essential feature of labor market policies that promote equality". {El derecho europeo ha tomado una aproximación diferente sobre el retiro forzoso. Análisis recientes de jurisprudencia, tanto en el ECJ y en cortes domésticas, sugieren que el retiro forzoso es una elemento esencial de las políticas laborales para promover la igualdad} (traducción de la Sala). Suk, Ob. cit., p. 93. "Compulsory retirement treats all older workers alike. It removes individual judgments-which may be arbitrary in some instances- concerning who should and who should not be allowed to, continue working". {El retiro forzoso trata a todos los trabajadores mayores por igual. Remueve juicios individuales- los cuales pueden ser arbitrarios en algunas instancias- acerca de a quién debe y a quien no debe serle permitido continuar trabajando} (traducción de la Sala). United States Senate, Ob. cit., p. 18.

protege la dignidad de los trabajadores<sup>51</sup>, vii) incentiva la innovación<sup>52</sup>, viii) permite el ascenso de los empleados jóvenes<sup>53</sup> y ix) crea más oportunidades laborales para estos<sup>54</sup>.

#### D. El caso concreto

Para dar respuesta al interrogante elevado a la Sala, es necesario acudir a una interpretación armónica y sistemática de las Leyes 30 de 1992 y 909 de 2004 y los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973. En este sentido, el artículo 67 de la Ley 30 de 1992 señala:

“Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten”.

Esta norma constituye una clara expresión del carácter no absoluto del principio de autonomía universitaria, en virtud del cual se entiende que las instituciones de educación superior están sometidas a la Constitución y a la ley, tal como se señaló en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-008/01 con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis:

“La autonomía universitaria, como ha enfatizado la Corporación, no es absoluta, pues no solo el legislador puede configurar esta garantía, sino que la Constitución y la ley, pueden imponerle, válidamente, restricciones. Por consiguiente, “la autonomía universitaria no es soberanía educativa, pues si bien otorga un margen amplio de discrecionalidad a la institución superior, le impide la arbitrariedad”.

La autonomía reconocida por la Carta, no otorga a las universidades el carácter de órgano superior del Estado, ni les concede un ámbito ilimitado de competencias pues cualquier entidad pública o privada por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico que lo rige, es decir, tanto al conjunto de valores, principios, derechos y deberes constitucionales, como a las prescripciones contenidas en la ley<sup>55</sup>.

51 “Under certain cultural, political, and institutional conditions, mandatory retirement protects the dignity of older workers as well as the employment opportunities for the least advantaged labor market participants” {Bajo ciertas condiciones culturales, políticas e institucionales, el retiro forzoso protege la dignidad de los trabajadores mayores así como también las oportunidades laborales de los participantes menos favorecidos del mercado laboral} (traducción de la Sala). Suk, Ob. cit., p. 93.

52 “First, mandatory retirement is an “effective and proven” means for corporations to ensure the turnover necessary for innovation: “large corporations depend upon a regular and predictable turnover in high level personnel to assure themselves of a constant replenishment of new ideas and perspectives at the topmost levels of corporate decision making”” {Primero, el retiro forzoso es un mecanismo “efectivo y probado” para que las compañías aseguren el reemplazo necesario para la innovación: “las grandes compañías dependen de un reemplazo regular y predecible en el personal de alto nivel para asegurar un constante reaprovisionamiento de nuevas ideas y perspectivas en el nivel más alto de toma de decisiones de la compañía”} (traducción de la Sala). Questioning age-old wisdom: the legality of mandatory retirement of tenured faculty under the ADEA, Harvard Law Review, Vol. 105, 1992, p. 894.

53 “Second, the exemption permits employers to “keep promotional channels open for younger employees”. n39 Congress recognized that each high level management retirement creates five to eight middle level management promotions that attract “good, talented personnel” and enable women and minorities to climb the promotional ladder”. {Segundo, la excepción permite a los empleadores “mantener canales de promoción abiertos para empleados más jóvenes”. El Congreso reconoció que cada retiro de un administrador de alto nivel crea de cinco a ocho promociones de administración de nivel intermedio que atraen “personal bueno y talentoso” y permite a las mujeres y minorías subirse en la escalera del ascenso} (traducción de la Sala). Ibidem.

54 “Mandatory retirement helps to create more job opportunities for younger workers” {El retiro forzoso ayuda a crear más oportunidades de trabajo para trabajadores más jóvenes} (traducción de la Sala). United States Senate, ob. cit., p. 18.

55 Corte Constitucional. Sentencia del 17 de enero de 2001, C-008/01.

Como puede observarse, el artículo 67 de la Ley 30 de 1992 indica expresamente que quien ocupe el cargo de Rector se encuentra sometido a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley y en los estatutos de la universidad. Precisamente frente a esta materia deben tomarse en consideración los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973.

Estas dos disposiciones son aplicables al Rector de un ente universitario autónomo, máxime que no existe ley especial que regule la materia sobre el punto respecto a este servidor público. A esta conclusión forzosamente debe llegarse en virtud de lo dispuesto por la Ley 909 de 2004, normativa que tiene como objeto regular el sistema de empleo público<sup>56</sup> y que señala en su artículo 55:

“Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3º de la presente ley”.

Respecto a la aplicación de esta norma la Sala ha tenido la oportunidad de indicar:

“Como se observa, esta norma establece que las disposiciones sobre administración de personal contenidas en la Ley 909 y en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, y sus decretos reglamentarios, se aplican a los empleados de las entidades mencionadas en el artículo 3º de la misma Ley 909, una de las cuales es el Congreso de la República.

El artículo 55 citado dice “empleados” en general, sin hacer distinciones, de manera que cobija a las distintas clases de empleados de la entidad, salvo que una norma específica restrinja su ámbito de aplicación a alguna clase o clases de ellos. (...)

El artículo 31 del decreto Ley 2400 de 1968 se complementa con el artículo 122 del decreto reglamentario 1950 de 1973 arriba transcrito, que señala que tal edad constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo los de excepción.

Los artículos acabados de mencionar devienen aplicables, en virtud de la remisión ordenada por el artículo 55 de la Ley 909 de 2004, a los empleados del Congreso de la República, ya sean de libre nombramiento y remoción, provisionalidad, carrera o elección, que, como se explicó, son las distintas clases de funcionarios que se encuentran comprendidos dentro de la categoría de “empleados de la Rama Legislativa del Poder Público” pues, se reitera, la última disposición citada no hace distinciones o exclusiones entre los empleados de las entidades objeto de la remisión normativa<sup>57</sup>.

Para el caso de la consulta, al revisar el artículo 3º de la Ley 909 de 2004, se encuentra que los entes universitarios autónomos hacen parte de la lista de las entidades señaladas por la

56 “La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública”. Ley 909 de 2004, artículo 1º.

57 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de mayo de 2010, Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00042-00.

referida disposición<sup>58</sup>, lo cual lleva a concluir que los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 son aplicables al Rector del mencionado ente<sup>59</sup>.

En lo que respecta a su contenido, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 señala lo siguiente:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptuándose de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este Decreto”.

Por su parte el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973 dispone:

“La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año”.

Como puede observarse, estas normas conciben la figura de la edad de retiro forzoso como una limitación para acceder y ejercer el empleo público<sup>60</sup>. La aceptación de esta figura ha encontrado justificación en la necesidad de permitir un acceso igualitario a los cargos de la administración y el derecho al trabajo de los ciudadanos que buscan desempeñarse en el sector público. Igualmente, se ha indicado que esta figura desarrolla los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 54 y 334 de la Carta Política, los cuales imponen al Estado la obligación de promover la ubicación laboral de las personas que se encuentran en edad de trabajar y lo autorizan para intervenir con miras a alcanzar el pleno empleo de los recursos humanos. Adicionalmente, la figura de la edad de retiro forzoso contribuye a la eficiencia y renovación de los cargos públicos y hace efectivo el derecho al descanso del funcionario<sup>61</sup>. En esta dirección, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de indicar:

58 “Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:  
2. 2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que lo rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

...

- Entes Universitarios autónomos.

59 Antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la Sección Segunda del Consejo de Estado ya había reconocido la aplicación de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 al Rector de un ente universitario: “La Ley 30 de 1992 en materia de impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades – en el art. 67– hace una remisión a la ley y los estatutos universitarios; si esta ley remite a la ley y ella misma, que tiene tal carácter, no regula la materia, se entiende que se refiere a la ley administrativa...En el sub-lite, teniendo en cuenta la normatividad precedente, salvo disposición en contrario, resulta aplicable el régimen general administrativo –en materia de impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades– al Rector de la Institución universitaria.

El régimen administrativo general, dentro del cual se encuentra el Decreto Ley n.º 2400 de 1968, junto a su reglamentario el Decreto 1950 de 1973, es aplicable en principio a la Rama Administrativa Nacional del Poder Público, como lo ha reconocido la Jurisdicción; comprende normas sobre situaciones de los empleados públicos, entre las cuales se encuentran las relacionadas con impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades, edad de retiro forzoso, etc...

Ahora conforme a lo enunciado en el punto anterior, esta normación resulta aplicable al Rector de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de septiembre de 2002, Radicación número: 25000232600020020983 01.

60 “La edad de retiro forzoso es una prohibición que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público, o continuar ejerciéndolo. En consecuencia, su interpretación y aplicación debe ser estricta y restrictiva, como lo ha indicado esta Corporación y la Corte Constitucional”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 6 de febrero de 2014, Radicación número: 11001 03 21 000 2013 00029 00. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 14 de febrero de 2013, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00016-00, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 10 de febrero de 2011, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01326-01(0199-06).

61 “Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública

*“En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C. P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C. P., artículo 25). Asimismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual “el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar” que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de “dar pleno empleo a los recursos humanos” (C. P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a este en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades”<sup>62</sup>.*

Igualmente es importante destacar que el retiro forzoso de un servidor por razones de edad se ve compensado por el derecho que adquiere este a disfrutar de su pensión y las demás garantías y prestaciones que el Estado debe proveer a las personas de la tercera edad, con miras a evitar que se afecte su mínimo vital<sup>63</sup>.

Con todo, por mandato de los propios artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973 la regla de edad de retiro forzoso no es aplicable al servidor público que desempeñe uno de los empleos enlistados en el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, cuyo texto establece:

*“La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de*

---

enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2003, C-1037/03.

- 62 Corte Constitucional. Sentencia del 6 de noviembre de 1997, C-563/97; “El artículo 31 del Decreto Ley 2400, fijó la condición de que una vez retirado el empleado por haber cumplido los 65 años, “no podrá ser reintegrado”. Condición que, como la del retiro mismo responde a la filosofía de que quienes ejercen un cargo público no se pueden perpetuar en el mismo, sino que su retiro debe entenderse como un mecanismo racional para garantizar la renovación del personal, extendiendo el abanico de posibilidades para que otros aspirantes más jóvenes puedan acceder a los mismos, e incluso provoquen un proceso de mayores niveles de eficiencia, en cuanto pueden aportar nuevos conocimientos, y entrar a relevar con mayores energías a quienes por el desgaste natural producto de la edad tienen necesidad de ser relevados para entrar a disfrutar de un justo descanso remunerado: el proporcionado por la pensión de vejez”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de enero de 2010, T-007/10; “[E]s un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos”; Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 27 de noviembre de 2009, T-865/09; Corte Constitucional. Sentencia del 2 de febrero de 2012, T-038/12, Corte Constitucional. Sentencia del 19 de enero de 2009, T-012/09, Corte Constitucional. Sentencia del 2 de marzo de 2012, T-154/12, Corte Constitucional. Sentencia del 21 de mayo de 2013, T-294/13, Corte Constitucional. Sentencia del 2 de noviembre de 2000, C-1488/00, Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2011, T-969/11, Corte Constitucional. Sentencia del 7 de septiembre de 2011, T-660/11, Corte Constitucional. Sentencia del 10 de noviembre de 2010, T-887/10, Corte Constitucional. Sentencia del 10 de diciembre de 2010, T-1031/10, Corte Constitucional. Sentencia del 1 de julio de 2010, T-548/10, Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 1995, C-351/95, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2012, Radicación número: 15001-23-31-000-2012-00026-01(AC), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de marzo de 2011, Radicación número: 54001-23-31-000-2011-00017-01(AC), Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del 19 de julio de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00075-00(1764).
- 63 “La fijación legal de la edad de retiro forzoso a los 65 años, no vulnera el mínimo vital, pues la aludida restricción “impuesta a los servidores públicos es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C. P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2011, T-969/11. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 2 de marzo de 2012, T-154/12, Corte Constitucional. Sentencia del 29 de junio de 2011, T-495/11, Corte Constitucional. Sentencia del 27 de noviembre de 2009, T-865/09.

*misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”.*

Es importante señalar que se recurre al inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 dentro del marco de la aplicación de la regla de edad de retiro forzoso única y exclusivamente con el propósito de determinar los cargos que no se encuentran sometidos a lo dispuesto por los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973 y en atención a la remisión expresa que estos mismos hacen.

La excepción a la edad de retiro forzoso se justifica en atención a la importancia y naturaleza de los cargos señalados en el inciso 2º del artículo 29, los cuales exigen que aquellas personas que los ocupen cuenten con la experiencia, conocimiento, trayectoria y confianza que permita el ejercicio eficiente y eficaz de la función pública<sup>64</sup>. De allí que se haya señalado:

“En suma, los empleos a que hace referencia el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 –todos los cuales corresponden a las más altas dignidades de la rama ejecutiva del poder público– son cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República o de alguno de los altos funcionarios allí señalados, en los cuales concurren las condiciones que esta Corporación ha fijado para justificar que un determinado cargo sea de libre nombramiento y remoción y, por tanto, se encuentre exceptuado del régimen general de carrera administrativa (C. P., artículo 125)<sup>6</sup>. Ciertamente, los ministros del despacho, los jefes de departamento administrativo, los superintendentes, los viceministros, los secretarios generales de ministerio o de departamento administrativo, los presidentes, gerentes o directores de establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado, los miembros de misión diplomática no comprendidos en la respectiva carrera, y, los secretarios privados del despacho de los funcionarios antes enumerados, tienen adscritas funciones de gobierno, esto es, tareas de manejo y de conducción institucional por medio de las cuales se adoptan políticas o directrices fundamentales. Asimismo, entre los funcionarios antes enumerados y sus nominadores debe existir una confianza plena y total, habida cuenta de las funciones asignadas a esos empleos, las cuales requieren, para su cumplimiento, de un grado de confianza mayor que el que se exige a cualquier servidor público”<sup>65</sup>.

Bajo este contexto, la excepción consagrada en los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 3074 de 1968 busca: i) proteger y fortalecer los derechos políticos de los ciudadanos y el principio democrático reconocido en el artículo 1º de la Carta Política y ii) garantizar el ejercicio de la función pública de forma ágil, eficiente y transparente, tal como lo ordena el artículo 209 de la Constitución<sup>66</sup>.

64 “Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma *sub examine*, se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular –en el caso del Presidente de la República– o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en los demás eventos, y dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública... estima la Corporación que dicho precepto desarrolla el mandato superior que habilita al legislador para regular las normas relacionadas con el ingreso y retiro del servicio –artículo 125 C. P.–, y adicionalmente, establece situaciones excepcionales que permitan a los pensionados por jubilación desempeñar los empleos señalados en la misma disposición, los cuales por su naturaleza y delicada función, demandan un alto grado de confianza, experiencia y conocimientos para la verdadera y real eficacia de la función pública dentro del adecuado cumplimiento de los fines del Estado”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de marzo de 1996, C-124/96.

65 Corte Constitucional. Sentencia del 6 de noviembre de 1997, C-563/97.

66 “No sería lógico que los funcionarios públicos antes anotados, elegidos popularmente o designados en razón de sus capacidades y virtudes personales, fueran desvinculados del servicio al cumplir los sesenta y cinco años de edad. Si esto llegase a ocurrir, el principio democrático (C. P.,



Para el caso objeto de estudio, revisada la lista de empleos expresamente indicados por el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, encuentra la Sala que no aparece enlistado el cargo de Rector de un ente universitario autónomo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que aunque el mencionado inciso 2º del artículo 29 incluye dentro de la excepción a la regla de edad de retiro forzoso al Presidente, Director o Gerente de un establecimiento público, esta salvedad no puede ser aplicada a los Rectores de los entes universitarios autónomos por cuanto estas entidades no tienen hoy en día la calidad de establecimiento público bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, tampoco se le podría aplicar a los mencionados Rectores la excepción señalada por cuanto, al tratarse de una disposición excepcional, no es posible realizar una interpretación extensiva sobre ella en virtud del principio según el cual las excepciones son de interpretación restrictiva (*Exceptio est strictissimae interpretationis*<sup>67</sup>), principio reconocido en múltiples oportunidades por la jurisprudencia<sup>68</sup>.

En efecto, una interpretación estricta en materia de excepciones fue realizada por la Corte Constitucional al estudiar la objeción presidencial al artículo 1º, numeral 2º, inciso primero del Proyecto de ley n.º 17/98 Cámara, 170/99 Senado, que buscaba modificar el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, señalando que la edad de 65 años constituía un impedimento para desempeñar cargos públicos, excepto cuando se tratara de:

*“1. El servidor público o quien ejerza funciones públicas señaladas en el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400 de 1986 (sic), adicionado por el Decreto 3074 del mismo año.*

*2. El servidor público o quien ejerza funciones públicas que demanden la aplicación del esfuerzo intelectual en labores de alta dirección, orientación institucional o asesoría, tales como Cónsul General, Contador General de la Nación, Subcontador General de la Nación, Gerente, Presidente o Director General de la Unidad Administrativa Especial, de Sociedad Pública, de Sociedad Económica Mixta, de Empresa Social del Estado, de Corporación Autónoma Regional y de Empresa Oficial de Servicios Públicos, Rector, Vicerrector o Decano de Universidad Pública o de Institución de Educación Superior, Consejero o Alto Comisionado del Presidente de la República; Director de Programa Presidencial; Director de Administración Judicial; Magistrado de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo (sic); Notario Público, miembro del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional de Estado Civil, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Personero Municipal, Contralor Departamental, Distrital o Municipal; Profesor Universitario o de Universidad Pública o de Institución de Educación Supe-*

artículo 1º) y los derechos políticos de los ciudadanos (C. P., artículo 40-1 y 2) resultarían traicionados y la buena marcha de la administración pública obstaculizada, toda vez que los servidores públicos antes enumerados contribuyen, en razón de sus calidades personales, a que la función pública se desarrolle en forma ágil, eficiente y transparente (C. P., artículo 209). Dicho en otras palabras, la excepción establecida en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 busca proteger y potenciar el principio democrático, los derechos políticos de los ciudadanos y los principios rectores conforme a los cuales debe desarrollarse la función administrativa”. *Ibidem*.

67 Jaime M. Mans Puigarnau. Los principios generales del derecho. J. M. Bosch Editor S. A., 1979, p. 428.

68 “Siendo la norma demandada una norma de carácter exceptivo, es de interpretación restrictiva, por lo cual debe enumerar y mencionar en forma muy precisa los eventos que quedan por fuera de la regla general”. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997, C-158/97. Véase igualmente Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 22 de mayo de 1995, Radicación número: 1181; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 31 de agosto de 1959, Radicación número: 19590831.

*rior, los Investigadores Científicos y quienes en el desempeño de sus trabajos realicen contribuciones a la ciencia y la tecnología”.*

Al estudiar el contenido de este proyecto de ley, la Corte declaró inexecutable el numeral 2º del artículo 1º al concluir que las excepciones aplicables a una regla general deben ser “adecuadas, expresas y precisas” con el fin de que sus destinatarios tengan certeza respecto a su aplicación<sup>69</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido una interpretación restrictiva de los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968. En este sentido, la Sección Segunda de esta Corporación al analizar la posibilidad de que una persona pensionada fuera reincorporada al servicio indicó:

“[L]a reincorporación al servicio de una persona pensionada es una situación excepcional que solo procede para ocupar los cargos expresamente enlistados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular incluidos en el Decreto 583 de 1995”<sup>70</sup>.

Asimismo, en otra oportunidad, la Sección Quinta analizó si era posible aplicar la excepción del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 a los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. En dicha decisión se concluyó que: i) los empleados de la Comisión debían retirarse del servicio al cumplir 65 años de edad toda vez que estos no se enmarcaban dentro de la excepción señalada por la norma<sup>71</sup>, ii) si el legislador hubiese querido incluirlos dentro de la excepción mencionada, habría modificado la norma o promulgado una sobre el punto<sup>72</sup> y iii) las excepciones son de carácter expreso<sup>73</sup>.

Igualmente considera la Sala que aunque la excepción estudiada encuentra justificación en la necesidad de permitir que los cargos y la dirección de los órganos allí señalados sean ocupados y estén en cabeza de personas con la experiencia, conocimiento y trayectoria necesaria para garantizar la eficiencia de la función pública<sup>74</sup>, lo cual es fundamental para la

69 “Un trato equitativo, proporcionado y razonable, exige que las exclusiones a una regla general para no ser discriminatorias, sean además de adecuadas, expresas y precisas, de modo que sus destinatarios tengan certeza acerca de si su situación cabe en la hipótesis de la norma, de manera que no permitan diversas interpretaciones. En realidad, resulta desproporcionado y sin justificación razonable, que el legislador haya optado por señalar un criterio de diferenciación tan subjetivo, como la “aplicación del esfuerzo intelectual en labores de alta dirección, orientación institucional o asesoría”, pues en la práctica, queda en manos de quienes deban aplicar la norma, el establecer las personas que gozan del beneficio de un límite mayor de edad para poder permanecer al servicio del Estado, lo que genera incertidumbre, como quiera que se presta para que pueda ser aplicada de manera discrecional a favor o en desmedro de algunos servidores públicos”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de noviembre de 2000, C-1488/00.

70 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de septiembre de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00582-01(0002-12). En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de mayo de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00626-01(1938-07).

71 “Conforme a todo lo expuesto se tiene que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, debe aplicarse a los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y, por lo tanto, si uno de esos empleados cumple 65 años debe retirarse del servicio, puesto que no se encuentran dentro de las excepciones que, en armonía con el inciso segundo del artículo 29 del mismo decreto, señala dicha norma”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 25 de enero de 2002, Radicación número: 11001-03-28-000-2001-0035-01(2561).

72 “Si bien es cierto que el Decreto 2400 de 1968 no pudo referirse a los servidores públicos de la Comisión Nacional de Televisión, pues esta entidad no existía para la fecha de su expedición, sin embargo, se debe tener en cuenta que con posterioridad a la creación de esa entidad, el legislador bien pudo modificar el citado artículo 29 para incluir dentro de las excepciones a la edad de retiro forzoso señaladas en el artículo 31 ibidem a los servidores de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión o establecer que la edad señalada en esa norma no es aplicable o inclusive indicar en norma especial lo relativo a edad de retiro forzoso”. Ibidem.

73 “De igual manera, el Legislador ha entendido que las excepciones deben ser expresas (artículo 29 del Decreto 2400 de 1968), por lo que recientemente pretendió determinarlas de la siguiente manera: con el proyecto de ley 017/98 Cámara -170/99 Senado se quería modificar y adiconar el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, que reproduce el artículo 31 del decreto 2400 de 1968 en cuanto a la edad de retiro forzoso...No obstante, esa disposición fue objeto de objeción presidencial por inconstitucional y posteriormente se declaró inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2001. De ahí que en la actualidad no exista excepción a la edad de retiro forzoso a los 65 años para los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión”. Ibidem.

74 “Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma sub examine, se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular –en el caso del Presidente de la República– o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en

consecución de los fines del Estado, no puede interpretarse la norma excepcional con el propósito de “suplir una voluntad ausente o inexpressada” o realizar “un análisis de lo que el legislador habría querido”<sup>75</sup> y de esta forma, extender la aplicación de la excepción a entidades u órganos de la administración no señalados de forma expresa por el mandato legal.

De esta suerte, aunque la excepción reconocida en los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973 está sustentada en una justificación legítima y válida, que pudiese también aplicarse a todos los órganos de la administración pues finalmente lo que se busca es la consecución de los fines del Estado, el artículo 29 determinó de forma clara y expresa el conjunto de cargos de la administración que estaban excluidos de la aplicación de la norma general sobre la edad de retiro forzoso. Por lo tanto, al estarse en presencia de una excepción a la regla general, no es posible vía interpretación extensiva o analógica, ampliar su alcance a supuestos que aunque deseables, no fueron señalados expresamente por el mandato legal.

Con fundamento en lo anterior, es posible entonces concluir que al Rector de un ente universitario autónomo le son aplicables los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973 toda vez que el mencionado cargo no se encuentra señalado por el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

Finalmente, y una vez concluido lo anterior, debe estudiarse si es posible reconocer al mencionado funcionario la prerrogativa establecida por el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 cuyo contenido es el siguiente:

“Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones”.

Esta norma, que constituye una excepción a la regla general del retiro forzoso, permite que los docentes universitarios continúen vinculados al servicio hasta los 75 años.

Para la Sala la mencionada excepción no es aplicable para el caso de Rector de un ente universitario autónomo, pues la norma se refiere expresamente a la calidad de docente universitario y no a la de Rector, cargos estos que son diferentes respecto a su naturaleza y funciones.

En efecto, a pesar de que la Ley 30 de 1992 no define que se entiende por docente universitario, su Capítulo III del Título Tercero se denomina “Del personal docente y administrativo”. Allí, con excepción del artículo 79<sup>76</sup>, las disposiciones que lo integran tienen como objeto regular aspectos atinentes a los profesores de las universidades estatales u oficiales indicando entre otros, que estos pueden ser de dedicación exclusiva, tiempo completo, medio tiempo y

---

los demás eventos, y dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de marzo de 1996, C-124/96.

75 Eduardo García Maynes, Introducción al estudio del Derecho, Ediciones Esquilo, trigésimoséptima edición, 2003, p. 342.

76 “El estatuto general de cada universidad estatal u oficial deberá contener como mínimo y de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia, los derechos, obligaciones, inhabilidades, situaciones administrativas y régimen disciplinario del personal administrativo”. Ley 30 de 1992, artículo 79.

de cátedra<sup>77</sup>. Igualmente, se establecen disposiciones relacionadas con su nombramiento<sup>78</sup>, estatuto<sup>79</sup>, escalafón<sup>80</sup> y régimen salarial y prestacional<sup>81</sup>.

Por su parte, en lo que respecta al cargo de Rector, su regulación no se desarrolla en el mencionado Capítulo III del Título Tercero sino en el Capítulo II del mismo Título, denominado “Organización y elección de directivas”<sup>82</sup>. Allí el artículo 60 señala expresamente que:

“El rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la universidad estatal u oficial y será designado por el consejo superior universitario. Su designación, requisitos y calidades se reglamentarán en los respectivos estatutos”.

Lo anterior permite concluir que cuando el Capítulo III del Título Tercero de la Ley 30 de 1992 se refiere al personal docente, está haciendo referencia a quienes tienen el cargo de profesor, y no al de Rector de la institución de educación superior, el cual, además de estar regulado en una sección distinta de la mencionada ley, ostenta la calidad de directivo del ente universitario, calidad esta que no tiene un profesor o docente de la institución de educación superior.

Igualmente, y en desarrollo de lo anterior, la calidad de docente universitario y el cargo de rector son diferentes en atención a las funciones que realizan. En este contexto, mientras un docente tiene como función ejecutar actividades académicas directas para la formación de los estudiantes<sup>83</sup>, el Rector tiene a su cargo las funciones de fungir como representante legal y primera autoridad ejecutiva de la universidad<sup>84</sup> y la de dirigir la institución junto con el Consejo Superior Universitario y el Consejo Académico<sup>85</sup>. Es decir, las funciones del Rector, a diferencia de las que corresponde a un docente, más que académicas, son de naturaleza administrativa.

77 “Los profesores podrán ser de dedicación exclusiva, de tiempo completo, de medio tiempo y de cátedra”. Ley 30 de 1992, artículo 71.

78 “Para ser nombrado profesor de universidad estatal u oficial se requiere como mínimo poseer título profesional universitario. Su incorporación se efectuará previo concurso público de méritos cuya reglamentación corresponde al consejo superior universitario.

El consejo superior universitario reglamentará los casos en que se pueda eximir del título a las personas que demuestren haber realizado aportes significativos en el campo de la técnica, el arte o las humanidades”. Ley 30 de 1992, artículo 70.

79 “El estatuto del profesor universitario expedido por el consejo superior universitario, deberá contener, entre otros, los siguientes aspectos:

a. Régimen de vinculación, promoción, categorías, retiro y demás situaciones administrativas;

b. Derechos, obligaciones, inhabilidades, incompatibilidades, distinciones y estímulos;

c. Establecimiento de un sistema de evaluación del desempeño del profesor universitario, y

d. Régimen disciplinario. Ley 30 de 1992, artículo 75.

80 El escalafón del profesor universitario comprenderá las siguientes categorías:

a. Profesor auxiliar;

b. Profesor asistente;

c. Profesor asociado, y

d. Profesor titular. (...)”. Ley 30 de 1992, artículo 76.

81 “El régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1992, los decretos reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan”. Ley 30 de 1992, artículo 77.

82 Título Tercero, Capítulo II.

83 La Ley 30 de 1992 no define el concepto de docente. Sin embargo, para llenar este vacío es posible acudir a la definición que de este hace el Decreto 1278 de 2002 (Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente) en los siguientes términos: “Docentes: Las personas que desarrollan labores académicas directa y personalmente con los alumnos de los establecimientos educativos en su proceso enseñanza aprendizaje se denominan docentes. Estos también son responsables de las actividades curriculares no lectivas complementarias de la función docente de aula, entendidas como administración del proceso educativo, preparación de su tarea académica, investigación de asuntos pedagógicos, evaluación, calificación, planeación, disciplina y formación de los alumnos, reuniones de profesores, dirección de grupo, actividades formativas, culturales y deportivas, atención a los padres de familia y acudientes, servicio de orientación estudiantil y actividades vinculadas con organismos o instituciones del sector que incidan directa o indirectamente en la educación”.

84 “El Rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la universidad estatal u oficial y será designado por el Consejo Superior Universitario”. Ley 30 de 1992, artículo 65.

85 “La dirección de las universidades estatales u oficiales corresponde al Consejo Superior Universitario, al Consejo Académico y al Rector”. Ley 30 de 1992, artículo 62.

Finalmente, la propia jurisprudencia constitucional ha enmarcado la aplicación de la excepción contenida en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 al cargo y al ejercicio de funciones de docente al señalar:

“La excepción consagrada, tiene la finalidad de permitir que los docentes universitarios ejerzan sus funciones hasta los setenta y cinco años, si así lo consideran conveniente y si no han incurrido en ninguna causal de retiro. El objetivo no es otro que el de autorizar a los centros de educación superior y a las personas que han demostrado sus calidades docentes para que estas puedan permanecer en el servicio de la educación superior.

La Corte ya ha puesto de manifiesto la protección especial que la Constitución confiere a la educación superior. Al respecto, el artículo 68 de la C. P., señala que la enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. Adicionalmente, la Carta impone al legislador la obligación de garantizar la profesionalización y dignificación de la actividad docente. En estas condiciones, es claro el interés constitucional por mantener, en sus puestos de trabajo, a quienes han cumplido con las condiciones de idoneidad suficientes para poder servir a la mejor formación de los educandos. Así, advierte la Corporación que existe una razón constitucional, tan fuerte como la que ampara la definición de la edad de retiro forzoso, para establecer, a favor de los profesores universitarios, la excepción que se estudia, y que la misma es útil y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido”.

De esta suerte, y en atención a los argumentos expuestos previamente, la Sala puede concluir que:

i) Al Rector de un ente universitario autónomo le es aplicable lo dispuesto por los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973, y

ii) El mencionado cargo no se encuentra enlistado dentro de los señalados por el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y tampoco le es aplicable lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 344 de 1996. Por lo tanto, no es posible que el cargo de Rector de un ente universitario autónomo sea ejercido por una persona que haya alcanzado la edad de 65 años.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### **LA SALA RESPONDE:**

¿Está conforme con las disposiciones legales que una persona mayor de 65 años ejerza el cargo de Rector de un ente universitario autónomo?

No está conforme con las disposiciones legales que el cargo de Rector de un ente universitario autónomo sea ejercido por una persona mayor de 65 años en virtud de lo señalado por los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973.

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

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

13. Pensionados del Idema. Mesada catorce. Deber de seguir los precedentes de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones.

### **Radicado 2258**

Fecha: 07/12/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 21 de enero de 2016

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a esta Sala sobre la viabilidad de continuar el pago de la mesada catorce (14) a los pensionados del extinto Idema respecto de los cuales ha operado la compartibilidad pensional. Como quiera que en esa materia se han producido diversos fallos de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de la Corte Suprema de Justicia que favorecen a los pensionados, se desea saber si tales precedentes deben tenerse en cuenta por la entidad para resolver otros casos similares.

### **I. Antecedentes**

Según el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1675 de 1997 la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asumió a partir del 31 de diciembre de 1997 las obligaciones laborales del extinto Idema, entre ellas lo relacionado con el reconocimiento y pago de las pensiones de sus extrabajadores.

2. En sede administrativa el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha negado en algunos casos el reconocimiento de pensiones convencionales reclamadas por extrabajadores del Idema, frente a lo cual ha sido demandado ante la jurisdicción ordinaria laboral.

3. Los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria laboral, incluida la Corte Suprema de Justicia, han condenado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a reconocer la pensión convencional a los trabajadores del extinto Idema y ha ordenado incluso la indexación de la primera mesada pensional.

4. Adicionalmente, una vez Colpensiones reconoce la pensión legal a un extrabajador del Idema, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con base en las normas sobre compartibilidad pensional, modifica el acto de reconocimiento de la pensión convencional, en el sentido de asumir solamente el mayor valor (en caso de que la pensión convencional sea mayor a la legal) o de declarar extinguida la obligación pensional a cargo del Ministerio de Agricultura (en el evento en que la pensión legal sea mayor a la convencional).

5. Respecto de las pensiones de exfuncionarios del Idema compartidas con Colpensiones, que son el objeto de consulta, se presenta la siguiente situación frente a la obligación de seguir pagando o no la mesada catorce por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural:

5.1. El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó la mesada catorce (14) para los pensionados cuyos derechos se hubieren causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988.

5.2. En Sentencia C-409 de 1994 la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y extendió el beneficio de la mesada catorce (14) a todos los pensionados (sin importar la fecha de causación del derecho), incluso respecto de pensiones nacidas en convenciones colectivas de trabajo.

5.3. Con base en lo anterior, los pensionados del Idema se vieron beneficiados con la mesada 14 y así fue reconocido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en relación con las pensiones convencionales a su cargo.

5.4. Posteriormente el Acto Legislativo 1 de 2005 eliminó la mesada catorce para quienes adquirieran el estatus pensional a partir del 25 de julio de 2005 y su pensión fuera superior a tres (3) salarios mínimos legales. A partir de ese acto legislativo, cuando Colpensiones reconoce la pensión legal de un extrabajador del Idema, niega la mesada catorce (14) cuando el monto de la pensión supera los tres (3) salarios mínimos legales.

5.4. En estos eventos en los que Colpensiones reconoce la pensión legal sin la mesada catorce que ya se pagaba convencionalmente, surge la duda de si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe seguir pagándola “o si en virtud del régimen legal en el que se reconoce la pensión de vejez por Colpensiones, tal mesada adicional ya no es procedente”.

5.5. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha considerado que una vez realizada la subrogación pensional por la administradora de pensiones Colpensiones “queda obligado a reconocer únicamente el mayor valor que resultare entre la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez reconocida por dicha administradora, por lo cual, si la mesada catorce no hace parte del reconocimiento de la pensión de vejez [por Colpensiones], el Ministerio ha considerado que no hay lugar a seguir pagándola”. (Corchete fuera del texto). Con base en esta posición el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha respondido las reclamaciones de los pensionados.

5.6. Dado lo anterior el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha sido demandado y condenado a pagar la mesada catorce (14) por juzgados y tribunales laborales de la jurisdicción ordinaria; incluso ya existen sentencias condenatorias de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación en las que se ha señalado que el Ministerio de Agricultura no puede dejar de pagar la mesada 14, pues esa obligación surgió válidamente antes de la reforma constitucional y no se vio afectada por esta; y porque esa obligación del Ministerio tampoco se extingue por el hecho de que Colpensiones, con base en la reforma constitucional del 2005, no reconozca la mesada adicional respecto de las pensiones legales a su cargo.

5.7. Sin embargo, dado que el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 -que ordenaba tener en cuenta los precedentes que en materia ordinaria se hubieren proferido en casos iguales- fue derogado por la Ley 1437 de 2011 y que en esta última ley solo se hace referencia a la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural “ha considerado que no está facultado para aplicar como precedente jurisprudencial obligatorio las sentencias proferidas sobre el tema por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia”.

Con base en lo anterior, se formuló la siguiente PREGUNTA:

“1. ¿Es procedente tener en cuenta como precedentes jurisprudenciales obligatorios en materia laboral ordinaria las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre estas las sentencias del 3 de noviembre de 2014 – Rad. 52567 y del 20 de marzo de 2013 – Rad. 54265, para resolver las peticiones relacionadas con la continuación o no de pago de la mesada adicional de junio, o la mesada (14), a los pensionados del extinto Idema respecto de los cuales ha operado la compatibilidad pensional?”

2. Si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha reconocido una pensión convencional, viene pagando la mesada 14, y Colpensiones reconoce la pensión de vejez respectiva, pero no reconoce la mesada 14 porque al momento de la causación de la pensión de vejez no se dan los supuestos del Acto Legislativo 01 de 2005 para su reconocimiento ¿el MADR debe continuar pagando la mesada 14 como diferencia de la pensión de vejez?”

### **PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:**

#### **1. Planteamiento general y aclaración previa**

La presente consulta versa sobre el valor de la jurisprudencia de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, en particular de aquella emanada de la Corte Suprema de Justicia en relación con asuntos de la Administración que son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria. En particular se pregunta si las autoridades administrativas deben seguir los precedentes fijados no solo por el Consejo de Estado sino en general por las corporaciones judiciales con funciones de unificación jurisprudencial –Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, inclusive– y, en caso afirmativo, hasta qué punto es posible el “apartamiento” de dichos precedentes.

Para responder ese interrogante la Sala recordará su doctrina sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de unificación de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, así como las condiciones que permiten excepcionalmente su “apartamiento” por las autoridades administrativas. Establecido lo anterior se podrá determinar para el caso concreto si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe aplicar a casos futuros el precedente que ya ha fijado la Corte Suprema de Justicia en relación con la obligación de ese organismo de garantizar el pago de la mesada 14 a los pensionados del Idema, independientemente de que con la compatibilidad pensional esa obligación sea asumida o no por Colpensiones cuando reconoce la pensión legal.

Debe aclarar la Sala que en el presente asunto no se discute el valor del precedente de la jurisdicción ordinaria frente a la actividad comercial o negocial de una empresa estatal sometida al derecho privado, en cuyo caso las consideraciones que se harán más adelante podrían ser diferentes (al actuar el Estado como cualquier particular). Se trata de establecer, como ha quedado expuesto, el valor de dicho precedente frente a la actividad de un organismo que ejerce autoridad y es responsable en sus decisiones del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos.

Es por tanto en este contexto de la actividad de los organismos públicos encargados de la protección y garantía de los derechos de las personas que la Sala emite el presente concepto.



## 2. El carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones. Reiteración

*2.1 La función de unificación jurisprudencial de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular, la función de unificación de la Corte Suprema de Justicia a través del recurso extraordinario de casación.*

Como se estudió de manera detallada en el Concepto 2177 del 10 de diciembre de 2013, la función de unificación jurisprudencial de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones tiene una amplia tradición en nuestro derecho, que se remonta a los orígenes mismos del recurso extraordinario de casación –en el caso de la jurisdicción ordinaria– y del recurso extraordinario de súplica –respecto de la jurisdicción contencioso administrativa–. También quedó consagrada de manera más reciente en materia de constitucionalidad y derechos fundamentales.

Se advirtió en esa oportunidad, como ahora se reitera, que los mecanismos de unificación jurisprudencial previstos en nuestro ordenamiento jurídico tienen fundamento constitucional, en la medida que son expresión del derecho a la igualdad, la seguridad jurídica, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y, en el caso de la Administración, la plena aplicación del principio de legalidad<sup>1</sup>. Su finalidad es pues brindar a la sociedad “cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad”<sup>2</sup> y garantizar el derecho de las personas a que las decisiones “se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico”<sup>3</sup>.

Esta función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales (artículos 241. C. P. y 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991) y de examen de constitucionalidad de las leyes (artículos 241 C.P., 43 y 48 de la LEAJ y 21 del Decreto 2067 de 1991); (ii) el Consejo de Estado en materia de constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional que no sean competencia de la Corte Constitucional y también en relación con los asuntos contencioso administrativos que son de su conocimiento (artículos 236 C.P., 24 y 43 de la LEAJ y 10, 102, 269, 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de Tribunal de Casación (artículo 234 C. P.) y máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria (artículo 15 LEAJ), respecto de las normas de derecho privado (artículo 333 del CGP).

Para la Administración, sujeta por virtud de la Constitución Política al principio de legalidad (artículo 6, 121 y 121), la vinculación a cualquiera de las anteriores formas de unificación dependerá, en cada caso, del derecho que rija su actuación y de la jurisdicción competente

1 Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-334 de 2011 y C-588 de 2012, entre otras. En auto del 4 de abril de 2013, el Consejo de Estado señaló: “Pues bien, ese cuestionamiento tiene su génesis en el principio de igualdad, el que se ha hecho operativo a través de un derecho, y a su vez, se ha subdividido en dos garantías a saber: igualdad ante la ley e igualdad de trato por parte de las autoridades. Esta última, impone un deber a todo el aparato estatal, que consiste en hacer material ese igual trato propugnado, y ello debe ser observado por todas las instituciones públicas en cumplimiento de sus deberes, y el órgano jurisdiccional no escapa de ello. Por lo tanto, en el ejercicio de la administración de justicia, debe observarse con sigilo la realización de este principio, y ello se materializa a la hora de proferir decisiones en conflictos jurídicos puestos a su consideración, en los que se tendrá a la Jurisprudencia, como eje clave para la resolución de esos asuntos, pues en la medida en que se presente una misma situación de hecho y de derecho, se acudirá a ella para darle solución en derecho y en justicia a los conflictos”.

2 Sentencia C-836 de 2001.

3 *Ibidem*.

para su juzgamiento (ordinaria, contenciosa o constitucional). Sobre este punto se volverá más adelante.

Ahora bien, en lo que respecta a la función de unificación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia –objeto de esta consulta–, desde la Ley 169 de 1896 se estableció que el recurso extraordinario de casación tenía como fines los de “uniformar la jurisprudencia” y “enmendar los agravios inferidos a las partes”. Posteriormente el Código Judicial (Ley 105 de 1931) establecería que el recurso de casación era procedente “con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional” (artículo 519) y el Código de Procedimiento Civil indicaría que dicho recurso tendría por objeto “unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos”. Actualmente, el Código General del Proceso prescribe que el fin del recurso de casación es “defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida”. (Se resalta)

Precisamente, sobre la importancia del recurso extraordinario de casación para la unificación del ordenamiento jurídico y la prevalencia del derecho a la igualdad la Corte Constitucional se pronunció expresamente en la Sentencia C-713 de 2008, en la cual señaló:

“En este orden de ideas, el nuevo paradigma de la casación involucra una lectura de esa institución desde una óptica que comprenda (i) la unificación de la jurisprudencia, (ii) la garantía del principio de legalidad en una dimensión amplia, (iii) acompañada de la protección efectiva de los derechos constitucionales bajo el principio de la prevalencia del derecho sustancial. Esa función tripartita de la casación ha sido explicada por la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades.

(...) la casación constituye un mecanismo de orden sistémico encaminado a la unificación de jurisprudencia en los asuntos propios de la jurisdicción ordinaria, con lo cual se asegura también la realización del principio de igualdad en la aplicación del derecho. Al respecto la Corte ha sostenido:

‘Un análisis histórico y normativo muestra que el tribunal de casación no surgió para corregir todos los eventuales errores judiciales sino que su función es, si se quiere, más de orden sistémico, para proteger la coherencia del ordenamiento y la aplicación del derecho objetivo, por lo cual ha sido denominada por algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia como “nomofilaquia. ¿Qué significa eso? Que para la definición de las controversias judiciales concretas el ordenamiento prevé las instancias, mientras que el papel de la Corte Suprema, como tribunal de casación, es primariamente asegurar la coherencia del ordenamiento legal, gracias a la unificación de los criterios de interpretación de la ley, para de esa manera, lograr la realización del derecho objetivo y asegurar el respeto a los principios de legalidad y de igualdad.’”

En consonancia con lo anterior, al declarar la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, según la cual “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”,

la Corte Constitucional se refirió en los siguientes términos a la función de unificación jurisprudencial que cumple la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria:

“6. La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular (...)

7. El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces”<sup>4</sup>.

La fuerza normativa de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia fue reiterada también en la Sentencia C-335 de 2008, al revisarse las consecuencias penales de actuar en contra de jurisprudencia reiterada de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones en las que se hace la interpretación de una determinada norma jurídica:

“De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Asimismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”.

De este modo es claro que la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación (artículo 234 C. P.) y máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria (artículo 15 LEAJ) ha cumplido desde su origen la función de unificar las diversas interpretaciones que pueden tener las normas jurídicas aplicadas por la jurisdicción ordinaria<sup>5</sup>. Por tanto su jurisprudencia opera de la misma forma en que lo hacen las sentencias del Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremos de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Constitucional como órgano

---

4 Sentencia C-836 de 2001.

5 Sentencia C-634 de 2011: “El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea 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”.

de cierre en materia de derechos fundamentales y de constitucionalidad de las leyes. En esa condición adquieren carácter vinculante, tal como pasa a revisarse.

. El deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta las sentencias proferidas por los órganos judiciales de cierre con funciones de unificación como regla general. La posibilidad de “apartamiento” del precedente es la excepción

Como se ha perfilado en las sentencias citadas con anterioridad, la importancia del precedente fijado por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones (contenciosa, ordinaria y constitucional) radica en su carácter vinculante, esto es, en el deber de observancia que surge al interior de las propias jurisdicciones (precedente horizontal y vertical) y también para las autoridades administrativas, quienes en virtud del principio de legalidad y de su sujeción a los principios, valores y derechos constitucionales, están obligadas a tener en cuenta la interpretación que tales órganos judiciales hacen de las normas aplicables a los asuntos de su competencia.

Este deber de observancia de las autoridades administrativas de la jurisprudencia de las Altas Cortes (no solo de la emanada del Consejo de Estado), ha sido especialmente advertido desde la Sentencia C-539 de 2011, cuando se revisó la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, que se refería al carácter vinculante de los precedentes fijados por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. En esa oportunidad se indicó:

“La Corte reitera en esta oportunidad que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

5.1 La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art. 1° C. P.–; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art. 2°–; de la jerarquía superior de la Constitución –art. 4°–; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6°, 121 y 123 C. P.; del debido proceso y principio de legalidad –art. 29 C. P.; del derecho a la igualdad –art. 13 C. P.–; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art. 83 C. P.–; de los principios de la función administrativa –art. 209 C. P.–; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”<sup>6</sup>. (Se resalta).

Se ha establecido así que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, comporta a su vez “el necesario acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso

---

6 Sentencia C-539 de 2011.

administrativa y constitucional”<sup>7</sup>, quienes, en su condición de órganos de cierre, están encargados de “interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos”<sup>8</sup>. Así se reiteró, entre otras en las Sentencias C-634 y C-816 de 2011 y C-588 de 2012, en las cuales se revisó la constitucionalidad de los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

A manera de resumen de este punto cabe citar las conclusiones a las que arribó esta Sala en el Concepto 2177 de 2013, que ahora se reitera:

“En síntesis, el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está delimitado a su vez por la interpretación de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones en relación con la normatividad aplicable al caso concreto, lo cual redundando también en la reducción de su discrecionalidad”<sup>9</sup>.

Portanto, más allá de las discusiones teóricas sobre si se ha habido o no un cambio de fuentes normativas, el asunto reviste un matiz eminentemente práctico pero de gran relevancia para el quehacer administrativo: si las decisiones administrativas están sujetas a revisión judicial por la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 103 CPACA) y si esta ha fijado para otros casos iguales el entendimiento que debe darse a una determinada disposición, lo obvio es que su aplicación en un sentido contrario expone la decisión administrativa a su demanda y anulación en sede judicial. Dicho de otro modo, expedir una decisión administrativa en un sentido contrario a un precedente claro e inequívoco sin una razón de mayor peso que lo justifique, es tanto como emitir, a sabiendas, un acto ilegal.

Además, en tales casos la Administración probablemente será condenada a restablecer los derechos vulnerados y resarcir el daño causado (artículo 90 C. P.), con grave afectación del patrimonio del Estado”.

Por tanto, frente a una sentencia expedida por un órgano judicial con funciones de unificación -como sucede con las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia-, la posibilidad de “apartamiento” de las autoridades administrativas es excepcional y exige un procedimiento estricto de argumentación constitucional (razones de mayor peso) que justifiquen la inaplicación del precedente judicial<sup>10</sup>. Si tales razones de mayor peso no existen, no hay fundamento para desviarse del precedente y exponerse a una demanda judicial que ordene su cumplimiento:

7 Sentencia C-539 de 2011, reiterada en Sentencias C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012.

8 Ibidem.

9 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2011: “ En esa medida, el deber de tener en cuenta la jurisprudencia de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al caso, es un instrumento constitucional de reducción de la discrecionalidad administrativa: “El deber allí consagrado entraña un límite a la discrecionalidad en el ejercicio de la función administrativa por la autoridad ejecutiva, respecto de la apreciación fáctica y jurídica de los asuntos objeto de decisión, pues ciñe la aplicación de la ley a la interpretación realizada por el Consejo de Estado en su función de unificación jurisprudencial”.

10 Conceptos 2069 de 2012 y 2177 de 2013. Ver también Sentencia C-816 de 2011. Igualmente Sentencia C-634 de 2011: “En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales. En cambio, cuando el desconocimiento del precedente solo obedece a una actuación arbitraria del funcionario judicial, se está ante un abierto desconocimiento del principio de legalidad, sometido a las sanciones y demás consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva para conductas de esa naturaleza”. (subrayado del texto original).

“(…) tal posibilidad tiene carácter excepcional y restringido, pues en principio, lo que procede es que la administración acoja la jurisprudencia que define el punto sobre el cual esta se debe pronunciarse; y solo mediante una argumentación explícita y exigente, cabe oponer un criterio discrepante que sustente el apartamiento administrativo. Decisión que, por lo demás, no es definitiva, pues dentro del trámite legalmente dispuesto se prevé un mecanismo expedito y célere que permite al interesado propiciar la intervención del máximo órgano de lo contencioso administrativo, con el objeto de evaluar la postura de la administración y, si es el caso, ratificar la posición jurisprudencial en discusión a través de una decisión que resulta obligatoria para aquella”<sup>11</sup>. (Se resalta).

Así pues, como ha advertido esta Sala, el desconocimiento injustificado de las sentencias de unificación por parte de las autoridades administrativas además de ser contrario al principio de legalidad, vulnera los principios de eficacia, eficiencia, economía, responsabilidad y colaboración con la justicia, en la medida que produce desgastes administrativos, mayores costos fiscales, cargas laborales innecesarias, congestión judicial y un altísimo grado de probabilidad de que la entidad sea condenada en los procesos en que sea demandada:

“Así, cuando las entidades desconocen las sentencias de los órganos de cierre se convierten en agentes de conflictividad y congestión judicial, lo cual es contrario a los fines del Estado Social de Derecho (art. 2º C. P.). Igualmente, se contrarían los principios de economía, eficiencia, eficacia y responsabilidad administrativa (artículo 209 C.P. y 3º CPACA); se incumple la obligación que tienen los funcionarios administrativos de hacer efectivos los derechos ciudadanos (so pena de falta disciplinaria - artículo 31 CPACA); y se quebranta el deber de los servidores públicos de cumplir con diligencia y eficiencia el servicio que le sea encomendado (artículo 34-1 y 2 de la Ley 734 de 2002).

Por ello, recuerda la Sala que la jurisprudencia constitucional ha señalado también con claridad que el apartamiento de los precedentes judiciales sin una razón seria y fundada, puede comprometer incluso la responsabilidad personal del funcionario administrativo en distintos niveles (...)”<sup>12</sup>.

De este modo, el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes sin una razón seria y fundada que lo justifique comporta (i) afectación de derechos fundamentales y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley; (ii) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria de las autoridades administrativas y (iii) exposición injustificada a acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales<sup>13</sup>.

En consecuencia, las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones no pueden adoptar una decisión contraria al precedente vinculante de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, según el caso, salvo que resulte

11 Sentencia C-588 de 2012. Ver también Concepto 2069 de 2011.

12 Concepto 2177 de 2013.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011. Ver también Concepto 2177 de 2013 y Sentencia C-335 de 2008 sobre delito de prevaricato derivado del desconocimiento de las decisiones de los órganos de cierre. Igualmente, sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de abril de 2013, radicación 39456, que ratifica la condena por prevaricato de un juez que se apartó sin justificación del precedente judicial: “No se está por tanto, frente a un funcionario judicial confundido o errado sobre la ley y la jurisprudencia vigentes; sino ante uno decidido a desconocer el tenor literal de la norma y el precedente, como finalmente lo hizo, pues en su obstinada actitud, no obstante que en un caso idéntico su superior lo ilustró sobre el trámite que debía adoptar, se sostuvo inamovible en su terca e injustificada postura, evidentemente alejada del precedente”.

necesario (imperioso) para la defensa de un derecho o principio constitucional de mayor peso. Con la claridad de que, como ha indicado esta Sala, en ningún caso se podrán invocar “razones inexistentes o superfluas o que simplemente ya han sido desestimadas por el propio precedente que se debe aplicar”<sup>14</sup>, pues en tal eventualidad quedaría comprometida la responsabilidad directa del funcionario que adopta la decisión.

El caso analizado: aplicación de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia que han condenado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a mantener el pago de la mesada 14 a los pensionados del Idema - Inexistencia de razones serias y fundadas para apartarse de los mismos

Con base en lo analizado en el capítulo anterior la Sala revisará ahora la situación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural frente a la obligación de seguir pagando la mesada 14 a los pensionados del Idema a pesar de que la pensión legal reconocida por el Idema no la incluya.

Como se indicó en los antecedentes, en virtud de lo establecido en el Decreto 1675 de 1997<sup>15</sup>, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asumió desde el 31 de diciembre de 1997 la función de reconocimiento y pago de las pensiones convencionales de los extrabajadores del Idema<sup>16</sup>. A tales pensionados se les reconoció en su momento la mesada catorce (14) creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993<sup>17</sup>, aspecto sobre el cual el organismo consultante no plantea ninguna discusión.

Tampoco se discute que cuando el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) reconoce la pensión legal a los extrabajadores del Idema, opera el régimen de compartibilidad pensional (Acuerdo ISS 49 de 1990, aprobado por Decreto 758 de 1990), con base en el cual el Ministerio de Agricultura modifica el acto inicial de reconocimiento de la pensión convencional en el sentido de asumir solamente el mayor valor (en caso de que la pensión convencional sea superior a la legal) o de declarar extinguida la obligación pensional a cargo del Ministerio de Agricultura (en el evento en que la pensión convencional sea inferior a la legal)<sup>18</sup>.

14 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2069 de 2012.

15 Por el cual se suprime el Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema) y se ordena su liquidación. De conformidad con el artículo 6° de este Decreto 1675 de 1997, el Ministerio de Agricultura asumió los bienes no enajenados, derechos, obligaciones y archivos del extinto Idema.

16 Convención colectiva de Trabajo-1996-1998. Según el artículo 97 los trabajadores del Idema tenían derecho al reconocimiento de una pensión convencional según una escala de puntajes allí determinada y siempre que contarán con al menos 10 años de servicio a la entidad; o en cualquier caso, sin importar el puntaje, cuando se cumplieran 28 años de servicios.

17 **“Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988**, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual”. Las expresiones tachadas fueron declaradas inexequibles en Sentencia C-409 de 1994, lo que amplió sustancialmente el grupo de personas favorecidas con ese pago. Igualmente debe verse Sentencia C-461 de 1995 que extendió la mesada 14 a los educadores. Sobre el pago de mesada catorce en pensiones convencionales véase por ejemplo Sentencia del 17 de marzo de 2009 de la Corte Suprema de Justicia (Expediente 31987).

18 La compartibilidad estaba contemplada en la convención colectiva de trabajo del Idema 1996-1998: “Artículo 100. En los casos en que la pensión de jubilación fuere pagada, de acuerdo con las normas previstas en este capítulo, y el Instituto de Seguros Sociales y otro fondo de pensiones asuma la pensión de vejez, por haberse cumplido los requisitos, el Idema quedará obligado a cubrir la diferencia entre lo reconocido por el Instituto y lo asumido por el ISS o fondo de pensiones, al momento en que se cause la respectiva mesada pensional”.

Ahora bien, según la consulta el problema surgió con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 2005, que eliminó la mesada catorce para quienes adquirieran el estatus pensional a partir del 25 de julio de 2005 y su pensión sea superior a tres (3) salarios mínimos legales:

Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: (...)

“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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”. (...)

“Párrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

Como se observa, la eliminación de la mesada catorce (14) por el Acto Legislativo 1 de 2005 no se hace de manera inmediata y generalizada sino de forma paulatina y parcial hasta su extinción, en la medida que: (i) la conservaron quienes hubieran causado el derecho (cumplidos los requisitos legales) antes de la expedición del acto legislativo; y (ii) se siguió reconociendo después del acto legislativo y hasta el 31 de julio de 2011 a quienes percibían una pensión inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Desde la perspectiva contraria, puede decirse que la mesada catorce (14) se eliminó para las pensiones causadas con posterioridad al acto legislativo superiores a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en cualquier caso para todas las pensiones causadas después del 31 de julio de 2011.

En el caso consultado, la discusión se presenta respecto de aquellos ex empleados del Idema a quienes el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural les reconoció la pensión convencional antes del Acto Legislativo 1 de 2005 (inclusive la mesada catorce), pero respecto de los cuales la pensión legal se causó con posterioridad a dicha reforma. En estos casos, cuando se reconoce la pensión legal y la misma supera los tres salarios mínimos o la prestación se causa después del 31 de julio de 2011, el ISS (hoy Colpensiones) no reconoce la mesada 14 en aplicación del referido Acto Legislativo 1 de 2005.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha considerado que los ex empleados que se encuentran en estas condiciones perderían la mesada 14 que les había reconocido dicho organismo antes del Acto Legislativo 1 de 2005, al no ser posible su compensación o compartibilidad con la pensión legal reconocida por Colpensiones (antes ISS). Sin embargo, esa interpretación ha sido rechazada por la Corte Suprema de Justicia, que en sede de casación ha condenado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a mantener el pago de la mesada catorce (14) reconocida por dicho organismo a los ex empleados del Idema, con independencia de que la pensión legal a cargo del ISS esté sujeta a las restricciones del Acto Legislativo 1 de 2005.



Así, en Sentencia del 3 de septiembre de 2014<sup>19</sup> la Corte Suprema de Justicia se enfrentó a los siguientes cargos planteados por el Ministerio de Agricultura y que son los mismos que ahora plantea en la Consulta para insistir en su particular interpretación del asunto:

*“VI. CARGO ÚNICO. [El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural] Acusa la sentencia del Tribunal de violar por la vía directa, en la modalidad de infracción directa, el «Acto Legislativo 01 de 2005, artículo 17 y 41 del Decreto 758 de 1990 y artículo 33 de la Ley 100 de 1993».*

*Al sustentar el cargo, el censor refiere que existe en este caso una compartibilidad de pensiones, entre La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el ISS, y como quiera que a los demandantes se les reconoció pensión de vejez de parte de este último instituto al proferir las resoluciones 00047 de 2008 y 000272 de 2006, al Ministerio le correspondió pagar el mayor valor de la pensión, subrogando su obligación en la referida administradora de pensiones, sin que se contemple el pago de la mesada pensional adicional del mes de junio, por ser contrario a lo establecido en el Acto Legislativo 01/2005.*

*Indica que desde el mismo instante en que el Idema empezó a pagar las cotizaciones a pensión a favor de los demandantes, se sabía que en el momento en que el ISS reconociera la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, sería esa administradora de pensiones quien asumiría la obligación pensional sin perjuicio del mayor valor que resultare entre lo reconocido por el ISS y el Idema, limitación plasmada en el Art. 17 del D. 758/1990, norma infringida por el ad quem en la sentencia objeto de censura (...)*

*Agrega, que el Ministerio subrogó la obligación pensional en el ISS conforme a lo establecido en el D. 758/90 y como dicha pensión de vejez se causó en vigencia del Acto Legislativo 01/2005, no es plausible el pago de la mesada pensional catorce del mes de junio, máxime si se tiene en consideración que las mesadas pensionales de los actores superan los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y de esta forma el Tribunal viola la ley sustancial en su modalidad de infracción directa del Acto Legislativo 01 de 2005 y el Art. 41 del D. 758/90.*

*Finalmente, concluye que al operar la compartibilidad pensional, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural subrogó su obligación plena en cabeza del ISS, por lo que quedó a su cargo única y exclusivamente el pago del mayor valor de la pensión, empero el restante de las obligaciones pensionales se radican en cabeza de la Administradora de Pensiones, quien es la llamada a determinar el pago o no de la mesada pensional adicional del mes de junio, siempre y cuando se cumpla con las exigencias establecidas por el Acto Legislativo mencionado.*

La Corte Suprema de Justicia desestimó tajantemente este cargo, con base a su vez en otra sentencia anterior del 3 de agosto de 2010, en la que se había advertido que la reforma del Acto Legislativo 1 de 2005 dejó a salvo la mesada catorce de las personas que habían causado el derecho con anterioridad a su expedición:

*“Esta Corporación en anteriores oportunidades, se ha referido al tema de la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales, en la sentencia CSJ SL, 3 ago. 2010, rad. 38295 en los siguientes términos.*

<sup>19</sup> Radicación 52657. Demandante Luis Eduardo Escobar Caicedo y otro contra la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

*Así las cosas, si la fecha en que se consolidó la pensión de jubilación convencional, fue el 1° de octubre de 2005, forzoso resulta concluir que el derecho se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 01 del 22 de julio 2005, toda vez que el mismo empezó a regir, el 25 de ese mismo mes y año, fecha en la cual se publicó en el diario oficial número 45.980.*

*En las anteriores condiciones, no le asiste el derecho al demandante a percibir la mesada catorce que reclama en el presente proceso, pues la misma fue eliminada respecto de las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, que fue lo aconteció en el presente caso.*

*Adicionalmente, el demandante no se encuentra dentro del régimen de excepción a que alude el parágrafo transitorio 6°...*

*Por lo visto, es claro que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica de la pensión reconocida, para efectos del beneficio del pensionado a recibir las mesadas adicionales; de ahí que como el cargo está orientado por la vía directa, no es tema de discusión que las pensiones otorgadas a los actores son de fecha anterior a la vigencia del Acto Legislativo mencionado, por tanto les asiste el derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993”*

*Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho, incluso porque en el inc. 9° del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos. Ello en el entendido que el derecho se causó con anterioridad al 25 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el mencionado Acto Legislativo, circunstancia que corrobora la documental aportada al plenario.*

*Razón por la cual, no se puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, máxime cuando como quedó dilucidado, la entidad le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el ISS les reconociera la pensión de vejez, circunstancias todas estas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente”<sup>20</sup>.*

Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias de Casación del 3 de diciembre de 2014 (Radicación 64736), 25 de marzo de 2015 (Radicación 62491) y 22 de abril de 2015 (Radicación 57093), en las cuales se ha ratificado que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no puede dejar de pagar la mesada catorce reconocida a los extrabajadores del Idema antes del Acto Legislativo 1 de 2005, por el hecho de que no forme parte del reconocimiento de la pensión legal por parte de Colpensiones.

A estas providencias, que constituyen un claro precedente judicial en la materia, se suma también la Sentencia de Casación del 20 de marzo de 2013<sup>21</sup>, en la que la Corte Suprema de Justicia ya había reiterado frente a otra entidad, su doctrina sobre el respeto de la mesada

20 Sentencia del 3 de septiembre de 2014. Radicación 52657. Demandante Luis Eduardo Escobar Caicedo y otro contra la nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

21 Radicación 54265. Demandantes Jorge Eliseo Anaya y otro contra Electricaribe S. A. ESP.

catorce reconocida antes del Acto Legislativo 1 de 2005 en virtud de convenciones colectivas de trabajo:

“El Tribunal estimó que al ser las pensiones convencional y de vejez compartibles, la obligación de la accionada era la de asumir el mayor valor o diferencia que surgiera entre ella y la que concedió el ISS, y que si por disposición constitucional quedó suprimido el derecho a percibir la mesada 14, no podía la empresa asumir las consecuencias, máxime cuando no resultaba viable su reconocimiento por las circunstancias previstas en el Acto Legislativo 001 de 2005 de vigencia y cuantía (...).

Para la Sala, la hermenéutica que realizó el Juzgador fue desacertada, pues los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 no establecen restricción para ser beneficiario de las mesadas denominadas 13 y 14 (junio y diciembre), siendo, indiferente la naturaleza jurídica de la pensión (legal o extralegal), a menos de que se trate de una prestación consolidada con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, caso en el cual era necesario remitirse a su contenido (...).

Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho incluso porque en el inciso 9° del artículo 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos, de allí que el Tribunal se equivocara en su interpretación y por ello el cargo resulta fundado”.

Es en este punto en el que el organismo consultante pregunta si para otros casos iguales se deben seguir los anteriores precedentes jurisprudenciales o si puede persistir en sede administrativa con su argumentación sobre la extinción de la mesada catorce (14) reconocida a los extrabajadores del Idema, cuando la misma, por efectos del Acto Legislativo 1 de 2005, no es reconocida por Colpensiones al resolver sobre la pensión legal de dichos servidores.

Según se ha explicado (i) los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, incluida la Corte Suprema de Justicia en su condición de Tribunal de Casación, tienen funciones constitucionales de unificación jurisprudencial que garantizan coherencia, seguridad jurídica e igualdad del ordenamiento jurídico; (ii) de esa función de unificación jurisprudencial se desprende un deber de observancia del precedente para las propias jurisdicciones y para las autoridades administrativas, estas últimas en razón de su vinculación con la protección de los derechos de las personas y los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y eficiencia, entre otros; (iii) la posibilidad de “apartamento” o de separación del precedente es excepcional y exige razones constitucionales serias y fundadas que lo justifiquen; y (iv) la separación injustificada del precedente compromete la responsabilidad institucional de la entidad y la personal del servidor público que adopta esa decisión.

Por tanto, frente al interrogante que plantea la consulta sobre si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe tener en cuenta como precedentes vinculantes las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia que se han proferido en su contra en asuntos similares, la Sala considera que la respuesta es necesariamente afirmativa. Se reitera que en virtud de los principios de legalidad e igualdad, las autoridades administrativas en todas sus actuaciones están obligadas a proteger los derechos de las personas e interpretar los textos constitucionales, legales o reglamentarios aplicables a un caso concreto de acuerdo con los

sentidos admisibles definidos por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones (ordinaria, contenciosa y constitucional, según el caso).

Además, el apartamiento del precedente analizado expondría a la entidad a nuevas demandas respecto de las cuales existiría un alto riesgo de condena, lo que afectaría desfavorablemente al propio Ministerio, incluso desde el punto de vista fiscal, dadas las mayores cargas de trabajo, el pago de intereses y costas judiciales, la contratación de abogados, etc. Es aquí entonces donde la observancia del precedente también cobra importancia desde el punto de vista de los principios eficacia, eficiencia y economía que rigen la actuación de las autoridades.

La Sala debe insistir entonces en la utilidad que tienen las sentencias de unificación para las entidades públicas, en la medida que (i) facilitan la adopción de las decisiones administrativas, “pues dan razones suficientes a las autoridades administrativas para decidir en un determinado sentido”, y (ii) respaldan la actuación del funcionario administrativo al “reduc[ir] la posibilidad de cuestionamientos disciplinarios o fiscales”.

De otra parte, la Sala no observa, ni el organismo consultante propone, argumentos constitucionales fuertes o de mayor peso que justifiquen la necesidad imperiosa de apartarse de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación. Por el contrario, lo señalado por ese alto tribunal concuerda con el contenido del Acto Legislativo 1 de 2005 (respeto por la mesada catorce causada antes de su expedición) y responde también a lo advertido por esta Sala al propio Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el Concepto 1897 de 2008, en el sentido de que la compartibilidad pensional con el ISS (hoy Colpensiones) no puede representar ninguna desmejora de las pensiones convencionales reconocidas por ese organismo a los extrabajadores del Idema:

“Ahora bien, para la Sala es claro que la compartibilidad tal como está regulada en las disposiciones transcritas, solamente representa una alternativa que tiene el empleador para liberarse total o parcialmente del pago de una pensión extralegal, de manera que su efecto frente al pensionado no puede significar una disminución, retroceso o desmejora de la prestación ya reconocida, que per se constituye un límite constitucional expreso en materia pensional (art. 48 C.).

En suma, encuentra la Sala que el traslado del riesgo de una pensión al Instituto de Seguros Sociales bajo la figura de la compartibilidad, no se agota con el hecho de que el empleador continúe cotizando en nombre del jubilado, sino que se exige la determinación adecuada y justa del “mayor valor” que le corresponde asumir, a partir de la protección constitucional de los derechos adquiridos de los pensionados y de la interdicción de la disminución de las pensiones reconocidas conforme a derecho (art. 48 C. P.), que ha sido la perspectiva desde la cual se ha definido la figura de la compartibilidad (...)<sup>22</sup>

22 Concepto 2177 de 2013. En esa oportunidad se consultaba sobre el deber del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de seguir pagando un reajuste a la pensión convencional, pese a que el ISS no lo tenía en cuenta al reconocer la pensión legal. Con base en lo arriba transcrito la Sala concluyó: “(i) El reajuste mensual de la pensión previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, constituye un derecho de quienes se pensionaron antes del 1° de enero de 1994, que debe ser reconocido en su integridad para mantener el efecto neutro del reajuste en salud ordenado por la Ley 100 de 1993, con independencia de que la respectiva pensión pase a ser compartida con el Instituto de Seguros Sociales.

(ii) Como la compartibilidad no puede afectar los derechos adquiridos del pensionado, el monto de la pensión debe ser igual antes y después de operar dicho fenómeno; así, en este último caso, la sumatoria del valor que reconoce la entidad de aseguramiento y del mayor valor a cargo del ex empleador -cuando la pensión extralegal es mayor- debe corresponder a lo que devengaba el pensionado antes de la compartibilidad, inclusive con el reajuste del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Cabe indicar finalmente que el hecho de que por regla general las entidades estatales se rijan por el derecho público y, en esa medida, se encuentren sujetas principalmente a las sentencias de unificación del Consejo de Estado (artículos 10, 102 y 270 del CPACA), no significa, como parece entenderlo el organismo consultante, que se encuentren liberadas del deber de observar los precedentes vinculantes de la jurisdicción constitucional y ordinaria que resulten relevantes, según el caso, para definir el ámbito de los derechos de las personas. Dicho de otra manera, el que el CPACA hubiera derogado el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010<sup>23</sup> y se refiera solamente a la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, se explica por el hecho mismo de que su objeto principal es la actuación de las autoridades sometidas al derecho administrativo (artículos 1 y 104), pero no comporta ni puede interpretarse como una regla de exclusión, desconexión o inaplicación de los sistemas de unificación establecidos para las demás jurisdicciones (ordinaria y constitucional).

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE:

*“1. Es procedente tener en cuenta como precedentes jurisprudenciales obligatorios en materia laboral ordinaria las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre estas las sentencias del 3 de noviembre de 2014 – Rad. 52567 y del 20 de marzo de 2013 – Rad. 54265, para resolver las peticiones relacionadas con la continuación o no de pago de la mesada adicional de junio, o la mesada (14), a los pensionados del extinto Idema respecto de los cuales ha operado la compartibilidad pensional?”*

Sí. Es procedente que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tenga en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para resolver las peticiones relacionadas con la continuidad del pago de la mesada adicional de junio, o mesada catorce, a los pensionados del extinto Idema respecto de los cuales ha operado la compartibilidad pensional.

2. Si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha reconocido una pensión convencional, viene pagando la mesada 14, y Colpensiones reconoce la pensión de vejez respectiva, pero no reconoce la mesada 14 porque al momento de la causación de la pensión de vejez no se dan los supuestos del Acto Legislativo 01 de 2005 para su reconocimiento ¿el MADR debe continuar pagando la mesada 14 como diferencia de la pensión de vejez?

Sí. Según lo analizado en este concepto, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no puede dejar de pagar la mesada catorce reconocida a los extrabajadores del Idema antes del

(iii) Dado que conforme a las normas citadas a lo largo de este concepto, el mayor valor entre el monto de la pensión de jubilación y la pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales se encuentra a cargo del ex empleador –en este caso del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como sucesora del Idema–, corresponde a este último garantizar la respectiva equivalencia y, por tanto, el pago integral del reajuste previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. La discusión que sobre esa materia pueda darse con el Instituto de Seguros Sociales, en cuanto a si dicha entidad debe asumir parte de ese reajuste, es un asunto que no puede trasladarse por el Ministerio al pensionado”.

23 Este artículo se refería en general al deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta los precedentes de la jurisdicción contenciosa y ordinaria en materia laboral y de daños causados a terceros: “Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”.

Acto Legislativo 1 de 2005, por el hecho de que tal prestación no forme parte del reconocimiento de la pensión legal por parte de Colpensiones.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

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.

### **Radicado 2103**

Fecha: 16/08/2012

Consejero Ponente: *Enrique José Arboleda Perdomo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 3 de octubre de 2016

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a esta Sala el alcance del artículo 123 de la Ley 1438 de 2011 en cuanto a la competencia y el procedimiento que tendría y aplicaría la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para sancionar el incumplimiento de los deberes de los empleadores contenidos en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993.

### **I. Antecedentes**

La consulta explica que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), fue creada en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007<sup>1</sup> con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y dos objetivos, uno de los cuales, por el que se consulta, es el de realizar “seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social”; las funciones le fueron fijadas en el decreto extraordinario 169 de 2008<sup>2</sup>.

En el año 2011, la Ley 1438<sup>3</sup> reformativa del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el artículo 123, primer inciso, ordenó a la UGPP verificar “el cumplimiento de los deberes de los empleadores y otras personas obligadas a cotizar, en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social”; y en el inciso segundo del mismo artículo 123 facultó a la UGPP para que, previa solicitud de explicaciones, sancione con imposición de multas la violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993.

Anota la consulta que esta disposición de la Ley 1438 de 2011 “guardó silencio frente al procedimiento administrativo aplicable” y que la Ley 100 de 1993 en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 161 y en el artículo 210 consagra deberes que “no tienen relación estrecha con la verificación del pago de aportes parafiscales...”.

1 Ley 1151 de 2007 (julio 24), “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, D. O. n.º 46.700 (julio 25/07). El artículo 156 creó la UGPP para reconocimiento y administración de los derechos pensionales y otras prestaciones económicas, a cargo de entidades públicas del nivel nacional; y también para lograr la liquidación y el pago de las contribuciones parafiscales en el sistema General de Seguridad Social en Salud. La vigencia del artículo 156 de la Ley 1151 fue prorrogada por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, D.O. n.º 48.102 (junio 16/11).

2 La ley 1151 de 2007, artículo 156, inciso tercero, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para determinar “las funciones y el sistema específico de carrera para los empleados” de la UGPP; en su ejercicio se expidieron, respectivamente, los decretos 169 y 168 de 2008.

3 Ley 1438 de 2011 (enero 19), “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, D. O. n.º 47.957 (enero 19/11)

De allí surgen los dos problemas jurídicos que motivan la consulta: el primero, relativo a la competencia de la UGPP; y el segundo, atinente al procedimiento administrativo para la imposición de las multas<sup>4</sup>. Para cada uno de los problemas jurídicos la consulta plantea y argumenta dos tesis, que la Sala pasa a resumir.

Respecto de la competencia, la primera tesis sostiene que “el traslado de competencias sancionatorias a la UGPP fue únicamente respecto del pago de las contribuciones de la Protección Social”, pues el primer inciso del artículo 123 de la Ley 1438 de 2011 reitera las funciones que sobre esos pagos tiene la UGPP y además los antecedentes legislativos de la misma Ley 1438 muestran que se buscaba fortalecer y articular las funciones de inspección, vigilancia y control de la UGPP, la Superintendencia Nacional de Salud y la DIAN para evitar la evasión y la elusión en los aportes parafiscales. En consecuencia, cuando el segundo inciso del citado artículo 123 de la Ley 1438 se refiere a los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100, debe entenderse que la mención a estas normas se circunscribe a los deberes de liquidación y pago de los aportes parafiscales únicamente<sup>5</sup>.

La segunda tesis sobre la competencia afirma que como el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011 “no dispone en forma expresa” que las sanciones sean solo por los incumplimientos en los pagos y aportes a la seguridad social, ni hizo diferencia ni excluyó ninguno de los deberes de los empleadores contenidos en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993, tampoco al intérprete le es posible hacerlo.

En cuanto al procedimiento administrativo para la imposición de la multa de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011, la primera tesis expuesta en la consulta concluye que la UGPP tiene un procedimiento especial que es el contemplado en el Estatuto Tributario, el cual aplicaría tanto para la competencia de determinación y pago de las contribuciones parafiscales asignadas a la UGPP en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 como para la facultad sancionatoria atribuida por el artículo 123 de la Ley 1438. Esta tesis se sustenta en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, que dispuso que los procedimientos de liquidación oficial que adelante la UGPP “se ajustarán a lo establecido en el Estatuto Tributario, Libro V, Títulos I, IV, V y VI” y que el cobro coactivo lo adelantará “de acuerdo con lo previsto en la Ley 1066 de 2006”.

Agrega la consulta que utilizar el mismo procedimiento permite “salvaguardar el principio de seguridad jurídica de los administrados” y evita “equivocos al contribuyente” en el ejercicio de su derecho de defensa tanto en los procedimientos de determinación oficial y cobro de contribuciones como en los sancionatorios.

4 Advierte la consulta que el 16 de diciembre de 2011 esta Sala resolvió el conflicto negativo de competencias asignando a la Superintendencia Nacional de Salud la continuación, hasta su culminación, de las actuaciones iniciadas antes de la vigencia de la ley 1438 de 2011, porque esta ley no contempló un régimen de transición; y también manifestó que las inquietudes planteadas respecto de las investigaciones que pudieran derivarse del artículo 161 de la ley 100, correspondían a una consulta.

5 La consulta también analiza las funciones de la Superintendencia de Salud (artículo 130, Nums. 130.6 y 130.8 de la ley 1438/11, artículos 36 y 37 de la ley 1122/07, D.L. 1650/77 y ley 15 de 1989) y del Ministerio del Trabajo y sus Direcciones Territoriales (D.L. 4108 de 2011), para establecer que la interpretación armónica de este conjunto normativo permite concluir que la remisión del artículo 123 de la ley 1438 de 2011, a los artículos 160, 204 y 210 de la ley 100, no amplía la competencia de la UGPP sino que ratifica que esta unidad administrativa atiende solo las obligaciones de los empleadores referentes a la liquidación y el pago de los parafiscales del sistema.



La segunda tesis afirma que si el artículo 123 de la Ley 1438 no se ocupó del procedimiento, la imposición de las multas a que esta norma se refiere debe hacerse aplicando el procedimiento general administrativo.<sup>6</sup>

A continuación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público formula las siguientes PREGUNTAS:

“¿La competencia de la UGPP para aplicar las sanciones de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011, opera únicamente respecto del incumplimiento de los deberes de los empleadores relacionados con los pagos y aportes a la seguridad social, establecidos en el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, respecto del artículo 204 y en materia de retraso en los pagos de los aportes a la seguridad social, consagrado en un aparte del artículo 210 de la Ley 100 de 1993 o, por el contrario, es respecto del incumplimiento a todos los deberes de los empleadores previstos en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993?

¿Cuál es el procedimiento administrativo que debe aplicar la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social para la imposición de multas de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011?”

### **PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:**

Los problemas jurídicos expuestos en la consulta se circunscriben a las competencias de la UGPP y al procedimiento para su ejercicio, en relación con los deberes de los empleadores en el sistema general de la seguridad social en salud por razón del artículo 123 de la Ley 1438 de 2011.

Partiendo de los mandatos constitucionales que reservan al Congreso de la República la potestad de determinar por medio de leyes las competencias de los órganos y entidades que integran la administración pública en el nivel nacional y para regular los procedimientos, la Sala examinará el marco constitucional y legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a fin de establecer los alcances de la Ley 1438 de 2011 en los dos asuntos consultados.

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

### **1. Creación, objetivos y funciones**

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), se creó en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007. Tuvo su origen en el proyecto de plan de desarrollo para el cuatrienio 2006-2010 presentado por el Gobierno nacional al Congreso de la República<sup>7</sup> que incluyó, como uno de los “objetivos esenciales” del Plan, el denominado: “6. Un mejor Estado al servicio de los ciudadanos”, y contempló para su realización el programa “6.2.1. Modelo administrativo para la intervención economi-

<sup>6</sup> En este punto la consulta cita el artículo 1º del C. C. A. (D. 01 de 1984) y la sentencia C-893-06 conforme a la cual la falta de un procedimiento específico no es omisión legislativa pues aplica el procedimiento general.

<sup>7</sup> Gaceta del Congreso n.º 32 del 8 de febrero del 2007.

ca del Estado”, enfatizando en la necesidad de “... un modelo óptimo de intervención económica a través de la operación de agencias especializadas...”, entre ellas la UGPP. Su creación se justificó así:

“Se plantea la creación de una entidad del orden nacional que administre las pensiones ya reconocidas por Administradoras del Régimen de Prima Media y adelante la fiscalización de contribuciones parafiscales. La nueva Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales, tiene como objeto garantizar la seguridad jurídica y la racionalización y eficiencia operativa del proceso de administración de pensiones reconocidas y reconocimiento de pensiones causadas por reconocer en Administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional y 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. También fortalecerá la función de fiscalización y control de las contribuciones parafiscales buscando generar un impacto definitivo en lo que a control a la evasión y elusión de aportes a la seguridad social y demás recursos parafiscales se refiere. La nueva entidad unificará la función de fiscalización y armonizará el cobro de las obligaciones parafiscales que hasta el momento se encuentra dispersa y no se ejerce de manera permanente y coordinada por los actuales titulares.

“Esta propuesta surge en desarrollo de un Modelo Institucional Básico que busca solucionar los problemas que se presentan en la actualidad, tales como las fallas en la información derivadas del manejo indebido de las historias laborales y la inadecuada defensa judicial de algunas administradoras y entidades que han reconocido pensiones de las cuales se ha ordenado su liquidación, buscando evitar las situaciones de corrupción que se han evidenciado y que han generado con cargo al erario público, una carga financiera muy alta, injustificada.

“En síntesis, teniendo en cuenta que el objetivo de esta propuesta es organizar el marco institucional del Régimen de Prima Media del orden nacional, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales se encargará de administrar los derechos pensionales ya causados y reconocidos del Régimen de Prima Media público del orden nacional, y de modernizar el manejo de los archivos, los sistemas de información y la defensa judicial, a su vez esta entidad será la responsable de la gestión de fiscalización y de armonización del cobro coactivo de las contribuciones parafiscales”.

Se trataba, pues, de crear una entidad que fortaleciera, unificara y armonizara las funciones de fiscalización y de cobro de las obligaciones parafiscales a cargo de los empleadores en el sistema de seguridad social en salud, buscando un impacto definitivo en la evasión y la elusión respecto de estos gravámenes,

La propuesta se recogió en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo<sup>8</sup>, como parte de las acciones para “la innovación y la adecuación institucionales a las políticas públicas”, dentro del objetivo “...6. 2. Los retos del Estado Comunitario/6.2.1 Modelo administrativo para la intervención económica del Estado/...6. Definir un nuevo modelo institucional para el asegu-

8 “Plan Nacional de Desarrollo Estado Comunitario: desarrollo para todos”, Tomo I.

ramiento público en salud, pensiones y riesgos profesionales. El modelo se caracterizará por su seguridad jurídica, sostenibilidad financiera y eficiencia operativa”.

En el texto definitivo de la Ley 1151 de 2007, el artículo 156 creó la UGPP con dos objetivos diferenciados; uno, el de reconocer y administrar los derechos pensionales causados a cargo de administradoras nacionales del régimen de prima media; y el otro, que el literal ii) del citado artículo 156 describe en los siguientes términos:

“... Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

i)... 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. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administrativos de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos”.

En los incisos siguientes al que se transcribe, se precisan las competencias y acciones que en materia de cobro persuasivo y de cobro coactivo corresponden a las entidades administradoras de las contribuciones parafiscales de la protección social; y las competencias de la UGPP para expedir los actos de liquidación oficial y hacer las gestiones de determinación y cobro, con aplicación del procedimiento establecido en el Libro V, Títulos I, IV, V y VI del Estatuto Tributario y de la Ley 1066 de 2006 para el cobro coactivo.

El último inciso del artículo 156 de la Ley 1151, en comentario, señala que “en las liquidaciones oficiales se liquidarán a título de sanción intereses de mora, a la misma tasa vigente para efectos tributarios”.

También el artículo 156 confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para determinar las funciones de la entidad y en su ejercicio se expidió el decreto 169 de 2008; en relación con los parafiscales, este decreto asignó a la UGPP las funciones de recomendar estándares a los procesos de determinación y cobro de los parafiscales que corresponden a las administradoras y demás entidades del sistema de protección social; hacer seguimiento a estos procesos; administrar los mecanismos de consolidación de la información del sistema de la protección social; y adelantar las acciones de determinación y cobro de manera subsidiaria o cuando se trate de evasores omisos no afiliados a ningún subsistema de la protección debiendo estarlo.

En 2010 fue expedida la Ley 1393<sup>9</sup>, para definir rentas y recursos para la salud y tomar medidas de control a la evasión y a la elusión de aportes en el sistema de salud. En el artí-

9 Ley 1393 de 2010 (12 de julio), “por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”, artículo 29: “Para efecto del cumplimiento de las funciones a cargo de la UGPP, en cuanto al control a la evasión

culo 29 impuso a los operadores públicos y privados de bases de datos relacionadas con los parafiscales del sistema de la protección social, la obligación de reportar a la UGPP, sin costo alguno, la información relevante que el gobierno nacional determinara en el reglamento; con esta disposición el legislador entregó a la UGPP un instrumento necesario para el ejercicio de sus funciones de fiscalización y control sobre las contribuciones parafiscales.

Luego, en el mismo año 2010, la Ley 1429<sup>10</sup> estableció incentivos para la formalización y la generación de empleo, y entre ellos algunas facilidades para el pago de los parafiscales; se prohibió el acceso a estos beneficios a las pequeñas empresas constituidas con los activos y recursos de otras empresas disueltas, liquidadas, escindidas o inactivas o que acogándose a los beneficios permanecieran inactivas, y se asignó a la UGPP la función de hacer el seguimiento a esta prohibición.

En el 2011 fueron expedidas la Ley 1438, sobre la cual versa la consulta y se estudiará a continuación, y luego la Ley 1474 de 2011<sup>11</sup>, que en su artículo 11, sobre “control y vigilancia en el sector de la seguridad social en salud”, impuso a las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud la obligación de adoptar medidas de control de fraudes en el sistema y como mecanismo para el efecto consagró el de “reportar de manera inmediata y suficiente a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y a la Superintendencia Nacional de Salud cualquier información relevante cuando puedan presentarse eventos de afiliación fraudulenta o de fraude en los aportes a la seguridad social para lo de su competencia;...”

Observa la Sala, en el conjunto de leyes adoptadas para el sistema de seguridad social en salud, medidas de fortalecimiento y sostenibilidad del sistema para lo cual, entre otras decisiones, se acentúan las competencias sancionatorias de las autoridades públicas sobre obligaciones y conductas relativas a la prestación del servicio, a su administración y a su financiación.

Asimismo, observa que esta tendencia aplica respecto de la UGPP, pues sus objetivos iniciales y los instrumentos para su realización también han sido objeto de adiciones con mayor ámbito de acción, como pasa a explicarse.

## 2. Las competencias en la Ley 1438 de 2011

En los años 2010 y 2011, el Congreso de la República tramitó, acumulándolos, varios proyectos de iniciativa parlamentaria y también gubernamental presentados al Congreso de la

---

y a la elusión de los aportes parafiscales al Sistema de Protección Social, los operadores públicos y privados de bancos de información y/o bases de datos reportarán, sin ningún costo, la información relevante para tal efecto, en los términos y condiciones que defina el Gobierno nacional.

10 Ley 1429 de 2010 (29 de diciembre), “por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo”, artículo 48: “Prohibición para acceder a los beneficios de esta ley. No podrán acceder a los beneficios contemplados en los artículos 4, 5 y 7 de esta ley las pequeñas empresas constituidas con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, en las cuales el objeto social, la nómina, el o los establecimientos de comercio, el domicilio, los intangibles o los activos que conformen su unidad de explotación económica, sean los mismos de una empresa disuelta, liquidada, escindida o inactiva con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Las pequeñas empresas que se hayan acogido al beneficio y permanezcan inactivas serán reportadas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para los fines pertinentes./ Parágrafo. la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) le hará especial seguimiento al mandato contemplado en el presente artículo”. Ver también artículo 5°.

11 Ley 1474 de 2011 (julio 12), “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

República en el transcurso del año 2010<sup>12</sup>, orientados todos a lograr ajustes de mayor o menor impacto en diferentes aspectos del régimen de la salud y expidió 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”.

Uno de estos proyectos, el número 182 de 2010 Senado, se refería concretamente al establecimiento de medidas “para fortalecer Sistema de Inspección, Vigilancia y Control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”; en su artículo 11, denominado “Inspección, vigilancia y control de los empleadores”, se asignaban estas funciones a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en relación con “las transferencias de recursos” que los empleadores deben hacer al sector salud<sup>13</sup>.

En el trámite legislativo, la propuesta se modificó para asignar la competencia a la DIAN como inicialmente se planteó, pero finalmente se configuró como una competencia sancionatoria de imposición de multas asignada a la UGPP.

Vale la pena destacar que en los debates y en el texto definitivo de la Ley 1438, se tuvo clara la necesidad de fortalecer los controles para la operatividad del sistema de seguridad social en salud; y por ello, el articulado definitivo otorga competencia para la aplicación de sanciones pecuniarias de multa en hipótesis jurídicas no contempladas en la legislación anterior, con lo cual se buscó fortalecer los controles necesarios para la operatividad del sistema de seguridad social en salud<sup>14</sup>.

Ahora bien, el texto definitivo de la Ley 1438 incorporó el artículo 123 bajo el título “Control a los deberes de los empleadores y otras personas obligadas a cotizar”.

El inciso primero de dicho artículo 123 le señala a la UGPP la función de verificar el cumplimiento de los deberes de los empleadores y otras personas obligadas a cotizar, en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social; esta función indudablemente guarda consonancia con las atribuciones de seguimiento, colaboración y determinación de la liquidación y pago de las contribuciones parafiscales, conferidas en la norma de creación, esto es, en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, pero agrega una competencia de verificación que es nueva para la UGPP, puesto que bajo el artículo 156 eran las entidades administradoras de los sistemas de información de las contribuciones parafiscales, las encargadas de allegarle

12 Proyecto de ley número 01 de 2010, Senado, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y se dictan otras disposiciones, acumulado con Proyecto de ley número 95 de 2010 Senado, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Proyecto de ley número 143 de 2010 Senado, por medio de la cual se eliminan barreras de acceso en los servicios de salud y se dinamizan los procesos de atención, Proyecto de ley número 147 de 2010 Senado, por la cual se reforma parcialmente la Ley 1122 de 2007 y se dictan otras disposiciones, Proyecto de ley número 160 de 2010 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente el artículo 224 de la Ley 100 de 1993, Proyecto de ley número 161 de 2010 Senado, por medio de la cual se contribuye al fortalecimiento de las condiciones laborales y humanas de los estudiantes, trabajadores y profesionales de la salud y se fomenta la participación ciudadana en la prestación y administración de los servicios de salud, Proyecto de ley número 182 de 2010 Senado, por medio de la cual se establecen medidas para fortalecer Sistema de Inspección, Vigilancia y Control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Proyecto de ley número 111 de 2010 Cámara, por medio de la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 100 del 26 de diciembre de 1993 y 1122 de 2007, Proyecto de ley número 126 de 2010 Cámara, por la cual se regula el servicio público de seguridad social en salud, se sustituye el Libro II de la Ley 100 de 1993, se adopta el Estatuto Único del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, Proyecto de ley número 087 de 2010 Cámara, por medio de la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007. Proyecto de ley número 035 de 2010 de iniciativa gubernamental, por medio de la cual se dispone lo relativo al financiamiento del defensor del usuario.

13 Cfr. Gaceta del congreso, número 811 de 2010, Proyecto de ley 182 de 2010 Senado, artículo 11: “Inspección, vigilancia y control de los empleadores. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) ejercerá la inspección, vigilancia y control en lo relacionado con las transferencias de recursos que deban hacer al sector salud los empleadores, conforme a lo establecido en la normatividad vigente”.

14 Ley 1438 de 2011, Cfr., entre otros, los arts. 1, 32, 51, 56, 78, y el Título VII.

los “hallazgos” correspondientes, sin perjuicio de que la Unidad ejerciera su facultad de pedir información.

El inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438, en el que se centra la consulta, dice textualmente:

“La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993 por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)”.

Encuentra la Sala que este mandato legal consagra una sanción económica, la multa, que no estaba prevista en las atribuciones establecidas para la UGPP en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 ni en el decreto ley 169 de 2008.

La interpretación histórica y teleológica de la norma así como la literalidad de su texto, permiten afirmar que el inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438 de 2011 asigna a la UGPP una nueva competencia, propia de la potestad sancionatoria de la administración pública, que se concreta en la imposición de multas, cuando, “previa solicitud de explicaciones” encuentre configurado el incumplimiento de los deberes de los empleadores. Esta atribución sancionatoria no puede confundirse ni subsumirse en las competencias de cobro persuasivo y coactivo de las contribuciones parafiscales, pues su naturaleza es claramente diferente.

La potestad sancionatoria es una facultad que la ley asigna y regula para que las autoridades públicas puedan castigar conductas que también la ley tipifica como ilegales o ilícitas, previos los procedimientos especiales o generales que el legislador prevea para este efecto. Aquí se ubican las nuevas competencias de la UGPP en virtud del inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438 de 2011.

Asunto distinto es la actividad de cobro persuasivo o coactivo, también regulada por la ley, y que corresponde al ejercicio del derecho de todo acreedor a obtener el pago de unas sumas de dinero y sus intereses moratorios, causados y no pagados por el deudor. A este derecho corresponde el objetivo originalmente establecido por la Ley 1151 de 2007, artículo 156, para crear la UGPP como la entidad encargada de hacer efectivo el pago de los aportes y las cotizaciones en el sistema de la seguridad social.

Así las cosas, cuando el inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438 de 2011 faculta a la UGPP para imponer la sanción de multa “en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993”, está estableciendo una sanción y simultáneamente está tipificando las conductas sancionables mediante el mecanismo de la remisión a un conjunto de disposiciones legales que establecen los deberes de los empleadores respecto de la financiación del sistema de seguridad social en salud por la vía de los aportes y las cotizaciones.

Como lo que hace la norma es tipificar el incumplimiento de esos deberes para efectos de generar las competencias de sanción en sede administrativa, la remisión a los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993 es integral, tal como lo indica el texto del inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438, y como se desprende del contenido de aquellos artículos. Veamos. El artículo 161 de la Ley 100 de 1993 relaciona los deberes de los empleadores “como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.<sup>15</sup>

Su numeral primero establece el deber de “inscribir” en alguna EPS a todos sus trabajadores y la prohibición de que con las afiliaciones colectivas se coarte la libertad de elección del trabajador. Este primer deber es fuente o generador del deber de pagar las cotizaciones, no es en sí mismo el pago de las mismas, pero, por supuesto, su incumplimiento afecta la sostenibilidad del sistema; su incumplimiento entonces debe sancionarse y para ello la Ley 1438 establece la multa y faculta a la UGPP para imponerla, independientemente del pago de la obligación.

El numeral segundo del comentado artículo 161 de la Ley 100, señala que en consonancia con el artículo 22 de la misma Ley 100, los empleadores deben “contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, pagando cumplidamente los aportes que les corresponden de acuerdo con el artículo 204 de la Ley 100, descontando de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores, y girando oportunamente los aportes y las cotizaciones a las EPS de acuerdo con lo reglamentado por el gobierno nacional.

Este numeral 2 del artículo 161 consagra específicamente el deber de pago de los parafiscales del sistema de la protección social, a cargo de los empleadores, deber al que se circunscribió la competencia de la UGPP en los términos del artículo 156, literal ii) de la Ley 1151 de 2007; ahora, la UGPP además de cobrar las sumas debidas cuenta con la potestad de sancionar la conducta omisiva.

15 Los deberes de los empleadores en el artículo 161 de la ley 100/93, son: “1. Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea esta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la Entidad Promotora de Salud a la cual prefiera afiliarse, de conformidad con el reglamento./ 2. En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes: a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204; b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio; c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno./ 3. Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados, en materias tales como el nivel de ingresos y sus cambios, las vinculaciones y retiros de trabajadores. Asimismo, informar a los trabajadores sobre las garantías y las obligaciones que les asisten en el Sistema General de Seguridad Social en Salud./ 4. Garantizar un medio ambiente laboral sano, que permita prevenir los riesgos de trabajo y enfermedad profesional, mediante la adopción de los sistemas de seguridad industrial y la observancia de las normas de salud ocupacional y seguridad social. / PARÁGRAFO. Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente”. // Art. 22. “OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. / El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”. // ARTÍCULO 23. “SANCIÓN MORATORIA. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. / Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente”. // ARTÍCULO 271. “SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. / El Gobierno nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios”.

Pero también este numeral 2 del artículo 161 remite a dos normas de la Ley 100: el artículo 22, que en el sistema general de seguridad social en pensiones, consagra las obligaciones y la responsabilidad del empleador en cuanto al pago de los aportes propios y del trabajador; y el artículo 204, que regula el monto y la distribución de las cotizaciones en el régimen contributivo de salud, permitiendo determinar el valor de las sumas adeudadas y liquidar los respectivos intereses moratorios.

Los deberes de los empleadores contenidos en los numerales 3 y 4 del artículo 161 de la Ley 100 en examen, son los de “informar las novedades laborales” de los trabajadores afiliados a las EPS y “garantizar un medio ambiente laboral sano”.

La información sobre las novedades laborales guarda relación directa con el deber de pago de aportes y cotizaciones; no darla tiene indudablemente, efectos en los procesos de cobro persuasivo y coercitivo, pero estos no sancionan su incumplimiento; la multa sí.

La “garantía de un ambiente laboral sano” no parece tener relación directa con el tema de los parafiscales; pero desde la Constitución Política, la salud no es solamente un derecho, es también el deber de su cuidado; por eso, la legislación del sistema general de seguridad social en salud es reiterativa en la exigencia de los cuidados a la salud, y regula específicamente la salud en el trabajo para la prevención de accidentes y de enfermedades relacionadas con este; aparece entonces el vínculo de este deber de los empleadores con el sistema de seguridad social en salud pues su cumplimiento debe disminuir los requerimientos económicos contribuyendo así a la sostenibilidad del sistema.

En cuanto al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, al cual remite el inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438, en realidad no consagra un deber del empleador distinto o adicional a los establecidos en el artículo 161; dicho artículo 204 contiene los elementos necesarios para concretar el valor de los aportes y de las cotizaciones que los empleadores y los trabajadores dependientes e independientes deben hacer al sistema general.

La otra remisión hecha por el inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438 es al artículo 210 de la Ley 100 de 1993, que tampoco consagra deberes para los empleadores sino las sanciones contenidas en los artículos 23 y 271 de la misma Ley 100, que corresponden a sanciones moratorias y al pago total de los aportes y cotizaciones cuando, aun descontándolos, no los trasladan al Sistema. En consecuencia, la multa de que trata el citado inciso segundo del artículo 123 cumple la función de castigar pecuniariamente las omisiones en las que incurren los empleadores respecto de las obligaciones de hacer inherentes a las contribuciones parafiscales.

En síntesis, el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011 en sus dos incisos forma parte de un conjunto de medidas sancionatorias incorporadas en la legislación adoptada para fortalecer y hacer eficaces las competencias de inspección, vigilancia y control asignadas a las autoridades públicas, entre ellas la UGPP, dentro del sistema general de seguridad social en salud.



### 3. El procedimiento aplicable

La norma de creación de la UGPP, como se explicó, le otorgó como una de sus competencias en materia de contribuciones parafiscales, las actividades de cobro.

Estas contribuciones son gravámenes, de manera que la decisión lógica fue ordenar la aplicación del Estatuto Tributario y de la Ley 1066 de 2006, para la determinación de los valores adeudados incluidos los intereses moratorios, tal como de manera expresa lo señaló el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007.

La nueva competencia asignada a la UGPP por el artículo 123, inciso segundo, de la Ley 1438, está orientada a sancionar conductas de acción u omisión de los empleadores, relacionadas con las contribuciones parafiscales como se dejó explicado pero diferentes al pago de estas y, por tanto, sin la naturaleza tributaria inherente a aquellas.

Esta disposición, en materia de procedimiento se limitó a señalar que la imposición de la multa debe estar precedida de “una solicitud de explicaciones”; sin duda, tal exigencia tiende a preservar los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, y por lo mismo requiere de un procedimiento que garantice el ejercicio de esos derechos frente a la potestad sancionatoria de la autoridad administrativa.

El silencio de la norma en cuanto al procedimiento remite al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>16</sup> que regula en el capítulo III del Título III, el “procedimiento administrativo sancionatorio”, puesto que el primer inciso del artículo 47, con el cual inicia el mencionado capítulo, ordena lo siguiente:

“ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes. ...”

En los demás incisos del artículo 47 y en los artículos 48 a 52 inclusive, el código en cita describe las etapas procesales, el contenido de la decisión, la graduación de las sanciones, los efectos de la renuencia a suministrar información y la caducidad de la facultad sancionatoria.

De manera que para la imposición de las multas de que trata el inciso segundo del artículo 123 de la Ley 1438 de 2011, la UGPP debe aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró a regir el 2 de julio del 2012.

Asimismo, para la efectividad de su pago, ante la ausencia de norma especial, es igualmente procedente la aplicación del Título IV de la Parte Primera del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relativo al “procedimiento administrativo de cobro coactivo”.

<sup>16</sup> Ley 1437 de 2011 (enero 18), “por la cual se expide, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, D. O. n.º 47.956 (enero 18/11).

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE:

*“1. ¿La competencia de la UGPP para aplicar las sanciones de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011, opera únicamente respecto del incumplimiento de los deberes de los empleadores relacionados con los pagos y aportes a la seguridad social, establecidos en el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, respecto del artículo 204 y en materia de retraso en los pagos de los aportes a la seguridad social, consagrado en un aparte del artículo 210 de la Ley 100 de 1993 o, por el contrario, es respecto del incumplimiento a todos los deberes de los empleadores previstos en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993?”*

La competencia de la UGPP para sancionar mediante la imposición de multa el incumplimiento de los deberes de los empleadores, está consagrada en el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 respecto de todos los deberes establecidos en el artículo 161 de la ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 204 y 210 y de la misma ley 100.

*“2. ¿Cuál es el procedimiento administrativo que debe aplicar la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social para la imposición de multas de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011?”*

La imposición de las multas de que trata el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 procede con aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el Capítulo III del Título III del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido mediante la ley 1437 de 2011.

Envíese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. Enrique José Arboleda Perdomo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huer-tas, Secretaria de la Sala.



[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)  
PBX (0571) 457 80 00  
Carrera 66 No. 24-09  
Bogotá, D. C., Colombia