



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

Memoria 2016

TOMO III

CONCEPTOS:

- V. ASUNTOS ELECTORALES
- VI. ENTIDADES TERRITORIALES
- VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS
- VIII. OTROS ASUNTOS

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

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

PRESENTACION	5
---------------------------	----------

PRIMERA PARTE.

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

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

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.

SELECCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS DEL AÑO 2016	73
1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) -y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Régimen especial de pensión para actividades de alto riesgo. Personal de custodia y seguridad del INPEC. Radicado 2016-00048	75
2. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Asunto: Designación del Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Neiva Radicado 2016-00045	94
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. Radicado 2016-00030	107
4. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Régimen de transición en pensiones. Pensiones especiales por actividades de alto riesgo para la salud. Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes. Radicado 2015-00206	126
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. Radicado 2016-00041	154
6. Contraloría General de Caldas y Contraloría General de la República. Asunto: Control fiscal sobre la Cooperativa Multiactiva de Desarrollo Social	

	y de Entidades de Salud de Caldas y Quindío COODESCA, conformada por aportes públicos de Empresas Sociales del Estado E.S.E. Hospitales de los Departamentos de Caldas y Quindío y aportes privados. Su carácter de entidad descentralizada indirecta y su falta de vinculación a un Departamento.	
	Radicado 2016-00039	169
7.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)- y Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP-. Asunto: Régimen de transición. Régimen pensional de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público. Competencia cuando el afiliado consolidó su estatus pensional antes de la supresión de CAJANAL.	
	Radicado 2016-00069	199
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.	
	Radicado 2016-00006	214
9.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP. Asunto: Autoridad competente para realizar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes causada con posterioridad al traslado masivo de Cajanal al ISS.	
	Radicado 2016-00119	241
10.	Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –FONPRECON-, Alcaldía Municipal de Cúcuta –Norte de Santander- y Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-. Asunto: Pensión de jubilación por aportes	
	Radicado 2016-00103	251
11.	Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Administrativa de Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección –UGPP-. Asunto: Pago de intereses de mora generados por el reajuste de una pensión de jubilación.	
	Radicado 2016-00118	276
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.	
Radicado 2016-00126	295

TERCERA PARTE.

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL PUBLICADOS EN EL AÑO 2016	311
--	------------

I. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO.

1. Naturaleza jurídica del Museo Nacional Guillermo Valencia. Régimen jurídico de los contratos, recursos y personal. Estructura y organización administrativa.	
Radicado 2072	315
2. Medición del consumo. Efectos jurídicos. Competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos	
Radicado 2236	325
3. Revocatoria directa de actos de directores de entidades adscritas y vinculadas, por parte de ministros y directores de departamento administrativo.	
Radicado 2266	367
4. Alcance del artículo 8, numeral 8°, de la Ley 1437 de 2011. Regulación.	
Radicado 2291	382
5. Objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios.	
Radicado 2101	433

II. RAMA LEGISLATIVA

1. Proyecto de ley n.º 196 de 2011 – Cámara “Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Carácter general del proyecto. Ausencia de conflicto de intereses de los congresistas.	
Radicado 2078	457
2. Representantes a la Cámara. Inasistencia injustificada a sesiones. No causación de salarios y prestaciones por mandato legal. Procedimiento. Ley 5ª de 1992, artículo 271.	
Radicado 2090 y 2094	465
3. Refrendación de acuerdos de paz por el Congreso de la República.	
Radicado 2323	477

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. Radicado 2252	19
2. Contratación directa. Dirección Nacional de Inteligencia. Radicado 2268	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. Radicado 2260	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. Radicado 2264	187
5. Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014. Radicado 2263	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. Radicado 2086	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. Radicado 2108	342
8.	Estampilla pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia. Convenios interadministrativos suscritos entre Coldeportes y entidades territoriales para cofinanciar y apoyar el desarrollo de infraestructura deportiva. Contratos de “gerencia de proyectos” celebrados con Fonade para los mismos fines. Radicado 2271	351
IV. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL		379
1.	Mesadas reconocidas por el artículo 6º del decreto reglamentario 1083 de 1997 a deportistas considerados “glorias del deporte nacional” Radicado 2077 Radicado 2077	381
2.	Permiso sindical. Remuneración adicional para directivos docentes. Radicado 2250	387
3.	Naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander. Naturaleza de los empleos que pertenecen a su planta de personal. Radicado 2262	402
4.	Régimen pensional especial para los aviadores civiles (artículo 6º del decreto ley 1282 de 1994): existencia, vigencia y diferencia con el régimen general de transición. Radicado 2245	405
5.	Liquidación y reconocimiento de pensiones correspondientes al régimen de transición a cargo de la Universidad Nacional de Colombia Radicado 2205 Radicado 2205	420
6.	Obligación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de asumir las cuotas partes pensionales de los extrabajadores y pensionados del liquidado Idema. Inclusión en dichas cuotas de la parte proporcional del reajuste pensional por salud, previsto por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. Radicado 2280	463

7.	Inspección y vigilancia de la educación superior. Competencias. Proceso administrativo sancionatorio en la Ley 30 de 1992. Funcionario público. Contrato de prestación de servicios profesionales. Radicado 2198	475
8.	Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para convocar a concursos públicos de méritos. Radicado 2307	499
9.	Póliza de seguro de responsabilidad de los funcionarios integrantes de los equipos auditores de las contralorías. Radicado 2100	523
10.	10. Vigencia del decreto ley 904 de 1951. Coexistencia de convenciones colectivas de trabajo en una misma empresa. Radicado 2087	527
11.	Conjueces. Naturaleza jurídica y competencia para fijar su remuneración. Radicado 2303	543
12.	Rector. Retiro forzoso. Entes universitarios autónomos . Radicado 2208	563
13.	Pensionados del Idema. Mesada catorce. Deber de seguir los precedentes de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones. Radicado 2258	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. Radicado 2103	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. Radicado 2231	19
2. Aceptación de renuncia, elección y periodo del Defensor del Pueblo. Radicado 2281	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. Radicado 2282	59
4. Procedimiento de elección del Personero de Bogotá. Provisión de personerías cuando el concurso público para su elección ha sido declarado desierto. Radicado 2283	74
5. Efectos del voto en blanco en la elección de secretarios de concejos municipales. Mayorías. Radicado 2244	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 Radicado 2097	105
2. Asambleas Departamentales. Autorización al gobernador para contratar. Límites. Radicado 2284	110

VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS	129
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. Radicado 2065	131
2. Aplicación de la Ley 1697 de 2013. Estampilla pro Universidad Nacional y universidades estatales. Radicado 2229	142
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. Radicado 2259	195
4. Concurrencia para el pago del pasivo prestacional del Sector Salud. Crédito judicialmente reconocido en la ley de apropiaciones. Potestad reglamentaria. Radicado 2089	221
5. Cobro coactivo de obligaciones a favor del Fonpet. Radicado 2084	232
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. Radicado 2254	247
7. Naturaleza de los recursos públicos provenientes del registro mercantil recaudados por las cámaras de comercio y destinación que debe dárseles Radicado 2080 y 2025 AD	277
8. Cobro coactivo de cuotas partes pensionales a favor del Fomag . Radicado 2093	294
9. Remanentes de encargo fiduciario de administración y pagos. Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia de Salinas de Manaure Ltda. Sociedades de Economía Mixta. Radicado 2120	307
10. Límites a la adquisición de bienes baldíos. Unidad Agrícola Familiar. Radicado 2114	318
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. Radicado 2235 y 2235 AD	334

12.	Caja de compensación. Aportes. Radicado 2267	375
VIII. OTROS ASUNTOS		391
1.	Alcance y contenido de la función consultiva. Improcedencia de pronunciamiento respecto de asuntos con proceso judicial en curso Radicado 2098	393
2.	Ley 30 de 1986. Destrucción de remanentes Radicado 2255	396
3.	Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Naturaleza jurídica, funciones y calidad de sus integrantes. Viáticos y gastos de viaje Radicado 2079	408
4.	Retiro y exclusión de la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz Radicado 2288	420
5.	Traslado de extranjeros condenados en Colombia. Competencia Radicado 2287	447
6.	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. Término para resolver recursos administrativos Radicado 2123	476
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 Radicado 2311	491

V.

ASUNTOS ELECTORALES

1. Expulsión del partido político. Consecuencias.

Radicado 2231

Fecha: 10/09/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 29 de marzo de 2016

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre las consecuencias que tiene para un miembro de una corporación pública de elección popular la expulsión del partido político que lo avaló para aspirar al cargo.

La consulta no expone ningún antecedente y formula directamente las siguientes **PRE-GUNTAS**:

“Primero: ¿Ejecutoriada la sanción de expulsión de un miembro de una corporación pública, por un partido determinado, puede el sancionado hacer parte inmediatamente de una bancada política diferente a aquella que lo inscribió como candidato y le impuso la sanción?

Segundo: ¿el miembro de corporación (congresista, diputado o concejal) sancionado con expulsión, puede permanecer en la curul e integrar otra bancada, o en su defecto, ejecutoriada la sanción, debe la mesa directiva de la Corporación, de la que hacía parte como congresista, diputado o concejal, proceder a llamar en lista a quien le sigue en orden descendente en votos en la lista de la que hace parte el sancionado?

Tercero: ¿Cuándo se produce al interior de un partido o movimiento político, una sanción como la expulsión, prevista como sanción dentro de los estatutos de esa organización política, está en la obligación el Presidente o la Mesa Directiva de la respectiva corporación pública, de oficio o previa solicitud del partido o movimiento político que avaló la inscripción del miembro de la corporación sancionado, proceder a llamar a ocupar la curul que ostentaba el expulsado, al candidato no elegido que le sigue en el orden descendente?

Cuarto: ¿En caso de que el Presidente o Mesa Directiva estén en la obligación de llamar a ocupar la curul al candidato no elegido que sigue en la lista, y no atienda la solicitud del partido o movimiento político, a que sanciones pueden verse sometidos?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

A. Los problemas jurídicos que se deben revisar

Las preguntas planteadas por el organismo consultante se refieren a las consecuencias que tiene para *un miembro en ejercicio* de una corporación pública de elección popular, la expulsión del partido político al que pertenece. En particular se consulta a la Sala si en esos casos el congresista, diputado o concejal expulsado de su partido (i) puede afiliarse a otro partido o movimiento político para terminar su periodo (pregunta 1); o (ii) pierde su investi-

dura ante la imposibilidad de ejercerla sin estar vinculado al partido o movimiento político que avaló la elección (preguntas 2 a 4).

Como se observa, la primera cuestión tiene que ver con el alcance de la prohibición de doble militancia y la posibilidad de que el congresista, diputado o concejal expulsado de su partido o movimiento político se vincule a otra colectividad distinta a la que avaló su elección. Este interrogante se resuelve analizando, precisamente, la prohibición constitucional de doble militancia y su aplicación también a los casos en que el cambio de partido o movimiento político es el resultado de una sanción de expulsión de la colectividad a la cual se pertenece.

Por su parte el segundo problema tiene relación con la posibilidad de que en las corporaciones públicas de elección popular existan congresistas, diputados o concejales que, dada la expulsión de su colectividad, actúen de manera autónoma e independiente, esto es, sin pertenecer a ningún partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos. Para resolver esta cuestión se hace necesario estudiar el régimen constitucional y legal de funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular, en particular el régimen de bancadas y la naturaleza del vínculo que surge entre los candidatos elegidos y el partido o movimiento político al que pertenecen. Con base en lo anterior se podrá determinar si para ejercer estos cargos es condición necesaria que el congresista, diputado o concejal permanezca vinculado durante todo su periodo a la colectividad que avaló su elección.

La Sala aclara que el presente concepto se circunscribirá al supuesto general planteado por el organismo consultante (expulsión de un miembro de una corporación pública de elección popular del partido o movimiento político que lo avaló para acceder al cargo) sin extenderse a supuestos especiales que pueden ameritar consideraciones adicionales o particulares según el caso (candidatos de coalición, situación de los candidatos de grupos significativos de ciudadanos y su relación con el comité promotor, etc.).

A. Primer problema: La prohibición de doble militancia y la imposibilidad de ejercer la investidura en nombre de un partido distinto al que avaló la elección

El régimen constitucional de bancadas, que obliga a los miembros de las corporaciones de elección popular a seguir las directrices y decisiones de su colectividad y que prohíbe la renuncia al partido o movimiento político que avaló la elección (según se revisa en la segunda parte de este concepto), se complementa con la prohibición, también constitucional, de doble militancia:

“Artículo 107 (...) En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica (...)

Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral (...)

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”

De este modo la Constitución prohíbe a las personas la participación “simultánea” en más de un partido o movimiento político con personería jurídica, restricción esta que se ha entendido como una forma de armonizar la libertad de asociación con “la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo”, el cual exige que la confianza depositada por el elector en una determinada plataforma política, “no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular”¹.

La Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, desarrolló el alcance de esta prohibición constitucional de la siguiente manera:

“Artículo 2º. Prohibición de doble militancia. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

Parágrafo. Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia”² (Se resalta por ser especialmente relevante para la presente consulta)

1 Sentencia C-490 de 2011. Ver igualmente Sentencias C-342 de 2006 y C-334 de 2014.

2 Artículo declarado condicionalmente exequible “en el entendido que la administración de datos personales sobre filiación partidista que realizan los partidos y movimientos políticos debe sujetarse a los principios del derecho fundamental al hábeas data” (Sentencia C-490 de 2011).

El análisis de esta disposición determina que la prohibición de doble militancia comporta (i) la imposibilidad misma de pertenencia concurrente o simultánea a dos partidos o movimiento políticos (inciso 1); (ii) la prohibición de apoyar candidatos de otras colectividades (inciso 2º, primera parte); (iii) *el deber de los candidatos electos de permanecer vinculados al partido o movimiento político que los inscribió* (segunda parte del inciso 2º -en negrilla-); (iv) la exigencia de los candidatos elegidos de esperar un plazo mínimo de 12 meses antes de vincularse a otro partido y siempre que sea para presentarse a las siguientes elecciones (parte final del inciso 2)-; y (v) el deber de los directivos de los partidos y movimientos políticos que pretenden ser elegidos por otra colectividad de renunciar a su partido también con una antelación mínima de 12 meses (inciso 3º).

Como establece el inciso 4 de la norma en cita, la violación de cualquiera de las anteriores reglas **constituye doble militancia** y permite su sanción conforme a los estatutos de cada partido, así como la revocatoria de la inscripción en el caso de los candidatos.

Dada su importancia para la presente consulta es necesario hacer énfasis en la existencia del mencionado deber de los candidatos que resulten electos por un partido o movimiento político **“de pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo”** (inciso 2º de la norma en cita) y el hecho de que su desconocimiento también constituye violación de la prohibición de doble militancia. De dicho deber se desprende que desvincularse del partido o movimiento que avaló la elección para afiliarse a otro partido o incluso para pretender una representación individual o autónoma en la corporación pública de elección popular, también constituye doble militancia y, por ende, no está permitida.

En consecuencia, como se profundizará mas adelante al revisar la segunda parte del problema consultado, la permanencia en el partido o movimiento político que avaló la elección se convierte en *una condición necesaria* para el ejercicio de la investidura en las corporaciones públicas de elección popular.

Sobre la importancia de este deber de permanencia puede consultarse, por ejemplo, la Sentencia C-303 de 2010, en la que se revisó la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2009; en esa oportunidad la Corte Constitucional se refirió al propósito de la prohibición de doble militancia desde la perspectiva de la vigencia del principio de soberanía popular y del fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos. Al respecto señaló:

“Con base en lo anterior, se infiere que el transfuguismo político, cuando incorpora la permanencia en la curul del miembro que cambia de partido o movimiento, afecta el principio de soberanía popular. Esto se explica en advertir que la obtención de la investidura en la corporación pública se deriva de la voluntad democrática que los electores han expresado a una lista en particular, a la que pertenece el candidato elegido, lista que al ser única, está inserta en la dinámica de la disciplina de partidos. El político que cambia de partido o movimiento político no solo defrauda a elector, sino que cuestiona la legitimidad democrática de su mandato representativo, por la simple razón que el partido o movimiento de acogida no lo tuvo en su lista única al momento de la elección y por ende, los ciudadanos no tuvieron oportunidad de apoyarlo, en tanto integrante de esa agremiación política.”

(...) En conclusión, la prohibición de la doble militancia y del transfuguismo político, en los términos antes expuestos, constituyen herramientas de primera línea para la consecución del fin constitucional de fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, basado en el aumento del estándar de disciplina de sus miembros e integrantes. A su vez, el fenómeno del transfuguismo tiene importante incidencia en la vigencia del principio de soberanía popular, habida cuenta las particularidades del sistema electoral colombiano”.

Ligado a lo anterior, la doble militancia y el transfuguismo político han sido calificados por la jurisprudencia constitucional como “*modalidades de deslealtad democrática*” porque defraudan la confianza de los electores que han votado no solo por el candidato, sino por el programa y plataforma política del partido al cual pertenece. De ahí su incompatibilidad con la Constitución:

“8.4. Para la jurisprudencia, en el orden de ideas propuesto, el transfuguismo políticose muestra incompatible con los principios constitucionales que prefiguran en régimen de partidos y movimientos políticos, en tanto afecta gravemente la disciplina al interior de esas organizaciones y, como se ha explicado insistentemente, entorpece el fortalecimiento de las mismas, presupuesto para la garantía de la democracia participativa y pluralista. Es así, que la Corte ha calificado al transfuguismo una modalidad de “deslealtad democrática”, pues se basa en un fraude a la voluntad del elector. En tal sentido, insiste en que “las claras relaciones existentes entre los partidos políticos y la conformación y funcionamiento de los grupos parlamentarios explican el rechazo a la práctica del transfuguismo, entendido, en términos amplios, como una deslealtad democrática. En efecto, dicho fenómeno perverso, constante en partidos políticos latinoamericanos y que ha conducido a aquello que la doctrina denomina “electoral volatility”, denota en el elegido una falta de firmeza ideológica, debilidad de convicciones, exceso de pragmatismo y anteposición de intereses personales y egoístas sobre aquellos programas e ideario del partido político que lo llevó a ocupar un cargo de representación popular, y por supuesto, un fraude a los electores (...)”³

En ese contexto se ha advertido entonces sobre la *defraudación que se produciría a la confianza del elector* si se admitiera que un candidato elegido por un partido o movimiento político pudiera renunciar libremente a él para ejercer su investidura a nombre de una colectividad distinta a la que legitimó su elección:

“(...) es especialmente pertinente detenerse en las implicaciones que el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, previsto por la reforma política de 2003, tiene en la prohibición de la doble militancia y del denominado transfuguismo político. Es claro que ante la evidente intención del Constituyente y de las reformas constitucionales subsiguientes de fortalecer los partidos políticos, tal empresa quedaría incompleta sin la consagración constitucional de la imposibilidad de pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político, pues carecería de todo sentido que se exija la sujeción del miembros de las corporaciones públicas a las directrices de la agrupación que ha avalado la lista a la que pertenecen, la que a su vez obtuvo legitimidad democrática por el sufragio de los electores, si estos pudieran decidir

3 Sentencia C-334 de 2014. Ver igualmente Sentencia C-342 de 2006.

discrecionalmente hacer parte de un partido o movimiento político distinto al que permitió su elección.⁴(Se resalta).

De esta manera, la prohibición de doble militancia y el deber de pertenencia a un solo partido o movimiento político, que el aparte arriba resaltado del artículo 2º de la Ley 1474 de 2011 extiende a todo el periodo para el cual se ha sido elegido, impide de plano que los miembros de las corporaciones de elección popular, cualquiera que se la causa (renuncia voluntaria o consecuencia de una sanción de expulsión), se desvinculen del partido político que los avaló para pasar a ejercer su investidura en nombre de otra colectividad diferente⁵.

Como se ha indicado por la jurisprudencia, desde el punto de vista formal la prohibición constitucional de doble militancia busca evitar la pertenencia simultánea del elegido a dos partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, y por ende, a dos bandadas; y desde una aproximación material, dicha interdicción conlleva *la imposibilidad de que el representante ejerza activismo en defensa de programas, idearios o ideologías distintas a las que permitieron la elección*⁶.

En consecuencia para la Sala es claro que la respuesta al primer interrogante planteado en la consulta es necesariamente negativo: no es posible que un congresista, diputado o concejal que es expulsado de su partido o movimiento político se vincule a otra colectividad para terminar su periodo. Como establece la parte final del inciso 2º del referido artículo 2º de la Ley 1474 de 2011, el candidato electo que desea representar a otro partido diferente al que avaló su elección no puede trasladarse libremente de una colectividad a otra sino que debe *renunciar a su cargo* con al menos 12 meses de antelación y *presentarse a unas nuevas elecciones*.

Una solución contraría podría suponer una defraudación de la confianza del elector, quien tiene derecho a exigir que los candidatos de la lista por la cual votó representen la plataforma política del respectivo partido o movimiento político y no de la de otro distinto:

“En el apartado preliminar de la presente sección se explicó cómo la prohibición de la doble militancia es una de las herramientas previstas por las reformas políticas de 2003 y 2009 para fortalecer las agrupaciones políticas. Este fortalecimiento era necesario ante las amenazas que las prácticas personalistas, la atomización de los partidos y movimientos, y la incursión de actores ilegales generaban frente a la vigencia del principio democrático representativo. Así, era necesario disponer reglas que evitaran que los integrantes de las agrupaciones políticas, en especial aquellos que ejercen cargos de elección popular, defraudaran la confianza de los electores al cambiar de agrupación y, por ende, servir a programas y agendas de acción política distintos a los que les sirvieron para acceder a dichas dignidades públicas”.⁷

4 Sentencia C-334 de 2014.

5 Cabe recordar que la posibilidad de que un miembro de una corporación pública de elección popular pasara de un partido o movimiento político a otro sin perder su curul solo fue aceptada por una única vez y como algo excepcional (porque no responde a la regla que ahora rige) en el párrafo transitorio que el Acto Legislativo 1 de 2009 introdujo al artículo 107 de la Constitución: “**Parágrafo transitorio 1o.** Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, autorizase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia”. Sin embargo esa posibilidad fue expresamente excepcional y se agotó 2 meses después de las la expedición de dicho acto legislativo.

6 Sentencia C-342 de 2006.

7 Sentencia C-490 de 2011.

B. Segundo problema: Sobre la posibilidad de que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no pertenezcan a un partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos

1. Planteamiento general

Descartada entonces la posibilidad de que los congresistas, disputados o concejales expulsados de su partido político o movimiento político se vinculen a otro para terminar su periodo, surge una segunda cuestión: la posibilidad de que tales funcionarios conserven su investidura y la ejerzan de manera independiente y autónoma, esto es, sin vinculación a ninguna colectividad.

Para responder este interrogante la Sala analizará en primer lugar la potestad de postulación electoral y el vínculo que surge entre los candidatos a las corporaciones públicas de elección popular y los partidos y movimientos políticos que les brindan su aval; luego revisará, con base en el régimen de bancadas y de organización y funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular, la forma en que esa relación se fortalece una vez lograda la elección, al punto que el ejercicio de la investidura queda ligado de manera inexorable a un deber de representación de la colectividad que avaló la postulación. Finalmente revisará hasta dónde la Constitución y la ley han previsto que la ruptura de ese vínculo con el partido o movimiento político determine la pérdida de la investidura y habilite a las mesas directivas de la corporación pública a llamar a otra persona a ocupar el cargo.

Con base en lo anterior se resolverán los interrogantes 2 a 4 de la consulta.

2. Los partidos y movimientos políticos como titulares de la potestad de postulación a los cargos de elección popular: da origen a un vínculo entre dichas organizaciones y los candidatos avalados

Dentro de los diversos mecanismos de participación ciudadana, la Constitución Política garantiza a todas las personas la posibilidad de fundar, organizar y desarrollar partidos políticos, y la libertad de afiliarse o retirarse de ellos (artículos 40 y 107). Se trata de un derecho político que a su vez es expresión de otros diversos derechos fundamentales como la libertad de asociación (artículo 38), la libertad de opinión (artículo 20) y el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40), entre otros.

La Ley Estatutaria 130 de 1994 define los partidos políticos como instituciones permanentes que *“promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular”* con el objeto de *“acceder a los cargos de elección popular”* (artículo 2º); por su parte los movimientos políticos se definen como asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política *“o para participar en las elecciones”*. (Ibídem). En esta medida los partidos y movimientos políticos cumplen una función de canalización de las expectativas de la sociedad *“mediante [las] propuestas ideológicas que representan”*⁸.

8 Sentencia C-150 de 2015. Ver igualmente Sentencia C-303 de 2010: “Es por ello que, igualmente, la posibilidad de fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse es una garantía constitucional (Art. 107 C.P.), puesto que el mismo Constituyente ha reconocido que estas instancias son imprescindibles para la vida democrática, la consolidación de una representación política

Para su constitución, los partidos y movimientos políticos deben organizarse democráticamente con base en principios rectores de transparencia, objetividad, moralidad y equidad de género (artículo 107 C.P.); también están obligados a “*presentar y divulgar sus programas políticos*” (ibidem), que es lo que permite a los ciudadanos decidir libremente sobre su simpatía y afiliación a las ideas que cada partido o movimiento representa.

Sobre este último aspecto, el artículo 4º de la Ley Estatutaria 130 de 1994 establece que para la fundación de un partido o movimiento político la respectiva organización debe contar, entre otros, con un documento que contenga “*la plataforma política del partido o movimiento, expresando su filosofía y principios, así como los programas y aspiraciones que lo identifiquen*”.

Así entonces, la afiliación y *la búsqueda de avales de un determinado partido o movimiento político*, que en cualquier caso es libre y voluntaria, permite suponer la comunión o simpatía del aspirante con la plataforma ideológica de la respectiva colectividad y también, como en toda organización asociativa, la aceptación de sus estatutos y de los deberes y responsabilidades que dicha condición exige.

En este sentido el artículo 4 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, sobre reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, establece los contenidos mínimos de los estatutos de estas organizaciones, dentro de los cuales cabe resaltar para efectos de la presente consulta los referidos al deber de contar con: (i) un régimen de pertenencia al partido o movimiento político en el que se señalen reglas de afiliación y retiro, así como los derechos, deberes y prohibiciones de sus miembros; (ii) las reglas de convocatoria, fecha y demás aspectos relacionados con la reunión del partido o movimiento político, las cuales deben garantizar a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política; (iii) la regulación interna del régimen de bancadas en las corporaciones de elección popular; (iv) la forma de postulación, selección e inscripción de candidatos a cargos y corporaciones de elección popular mediante mecanismos democráticos; (v) el régimen de consultas internas, populares o el proceso de consenso para la selección de candidatos a cargos o corporaciones de elección popular; y (vii) las reglas que desarrollen los deberes a cargo de los partidos o movimientos políticos.

Estos mínimos estatutarios relacionados con la exigencia de un régimen de pertenencia al partido o movimiento político, un código disciplinario para sus miembros, un sistema de elección de candidatos a elecciones populares y unas reglas para la adopción de decisiones de bancada, entre otros aspectos, son particularmente relevantes para el funcionamiento del actual sistema electoral si se tiene en cuenta que la misma Constitución radica *la potestad de inscripción de candidatos a los cargos de elección popular* en los partidos y movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos y no en los aspirantes individualmente considerados. Así lo establece el artículo 108 C.P. que señala:

“Artículo 108. Modificado Acto Legislativo 1 de 2009 (...) Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

que exprese las mayorías y que se muestre respetuosa de los intereses de los grupos minoritarios, y para el ejercicio responsable y ordenado de la participación”.

*Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos (...)*⁹

En concordancia con lo anterior, el artículo 263 de la Constitución, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 1 de 2009, determina que la presentación de listas y candidatos únicos a los procesos de elección popular corresponde a *los partidos y movimientos políticos*:

“Artículo 263. Para todos los procesos de elección popular, los Partidos y Movimientos Políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva elección (...).”

Por su parte el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 establece que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica pueden inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular, previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos para ocupar el cargo, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad:

“Artículo 28. Inscripción de candidatos. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos (...)

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.

Los candidatos de los grupos significativos de ciudadanos serán inscritos por un comité integrado por tres (3) ciudadanos, el cual deberá registrarse ante la correspondiente autoridad electoral cuando menos un (1) mes antes de la fecha de cierre de la respectiva inscripción y, en todo caso, antes del inicio de la recolección de firmas de apoyo a la candidatura o lista. (...).¹⁰

Se ratifica entonces que la facultad de postulación a las corporaciones de elección popular no es de cada aspirante individualmente considerado, sino de *los partidos y movimientos políticos y de los grupos significativos de ciudadanos*, estos últimos a través de un comité que deberá registrarse ante la autoridad electoral. Tal sistema de elección, en términos de la jurisprudencia constitucional, busca priorizar la función de los partidos y movimientos políticos por sobre el individualismo electoral:

9 Esta regla viene desde el texto original del artículo 108 de la Constitución que establecía: “(...) Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue (...). La misma redacción se mantuvo luego con el Acto Legislativo 1 de 2003.

10 En concordancia el artículo 9 de la Ley 130 de 1994 dispone: “Artículo 9º—Designación y postulación de candidatos. Los partidos y movimientos políticos, con personería jurídica reconocida podrán postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno. La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue”.

“(…) como se explicó en la Sentencia C-303 de 2010, la actual tendencia constitucional conduce a priorizar la importancia de las organizaciones políticas sobre el personalismo electoral que el constituyente derivado identificó en el funcionamiento de las corporaciones públicas y frente al cual adoptó un conjunto de medidas a través del Acto Legislativo 01 de 2003. Esta priorización se deriva del papel que cumplen los partidos y movimientos políticos en el proceso de canalización de la voluntad democrática, pues permiten aglutinar e identificar en una específica agenda las distintas y variadas posturas políticas de los ciudadanos, mediante la presentación de programas que recogen una visión del quehacer de las políticas públicas y que se ofrecen como alternativas en el ejercicio del poder”.¹¹

Como contrapartida a este derecho de postulación, los partidos y movimientos políticos responden por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como por avalar candidatos elegidos o no elegidos en corporaciones públicas de elección popular que hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló, por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad (artículo 107 C.P.). El incumplimiento de estos deberes puede ser sancionado con la imposición de multas, la devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos o, incluso, con la cancelación de la personería jurídica (ibídem).

De modo que si bien la Constitución garantiza diversas formas de participación ciudadana que no requieren la afiliación a un partido o movimiento político o a una determinada ideología¹², en el caso particular del derecho de participación en las corporaciones públicas de elección popular la situación es distinta, pues respecto de aquellas *el derecho fundamental a ser elegido* (artículo 40-1 C.P.) no se puede ejercer de forma directa e individual sino a través de los partidos y movimientos políticos o de un grupo significativo de ciudadanos. Esta exigencia ha sido entendida, no como una restricción, sino como una expresión del derecho de libre asociación de cada individuo:

*“En un régimen democrático el derecho al sufragio pasivo suele ser ejercido a través de la mediación de partidos políticos que, constituidos con fundamento en la libertad de asociación, se erigen en canales de representación del electorado y les prestan su aval a los candidatos afines a sus idearios o programas, quienes participan en las contiendas electorales en nombre de las agrupaciones o colectividades políticas que los proponen, de las cuales, en términos generales, se espera que sean estables, suficientemente organizadas y tengan arraigo social”. (Se resalta)*¹³.

Debe tenerse en cuenta además que según la Constitución Política la asignación de curules en las corporaciones públicas de elección popular se hace con base en la votación obtenida por las listas de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos

11 Sentencia C-1017 de 2012.

12 Sentencia C-230A de 2008. Ver igualmente Sentencias C-490 de 2011 y C-150 de 2015.

13 Sentencia C-230 A de 2008. Ver también Sentencia C-141 de 2010: “Ahora bien, que el ejercicio de la soberanía correspondiente al pueblo deba observar cauces institucionales no significa que se le opongan obstáculos a la participación del pueblo, sino que esa participación está sometida a pautas jurídicas previamente acordadas. Conforme se ha indicado, el régimen político democrático comporta un determinado entendimiento de la dinámica del proceso político y, en el caso de la democracia de raigambre liberal, la conjunción de la teoría de la soberanía nacional con la teoría de la soberanía popular ha dado lugar a un tipo de democracia singularizada por su carácter participativo”.

y no por la alcanzada individualmente por cada uno de los candidatos que las conforman (artículos 263¹⁴ y 263A¹⁵). Para el efecto se acude al sistema de cifra repartidora que resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer

Lo anterior determina, según la jurisprudencia, que en las elecciones de corporaciones públicas de elección popular los ciudadanos *no votan por candidatos sino por listas*, de manera que son estas y no sus integrantes las depositarias de la voluntad popular:

“(…) debe partirse de advertir el sistema electoral de representación proporcional que prevé la Carta Política para el caso particular de las corporaciones públicas del orden nacional, regional o local. En efecto, la exigencia derivada de la reforma política de 2003 consistente en que los partidos y movimientos políticos deben presentar listas únicas de candidatos para dichas corporaciones. Esto significa que el elector no elige estos candidatos de forma uninominal, sino que vota por la lista en la que se encuentren y es esa lista la depositaria de la voluntad democrática ciudadana, parámetro justificativo del poder político en los términos del artículo 3º de la Carta Política.

(…) Estos instrumentos concuerdan en afirmar que, en el marco de la promoción del fortalecimiento del sistema de partidos, la legitimidad democrática del mandato representativo descansa en el apoyo ciudadano a la lista del partido o movimiento correspondiente, no a sus integrantes individualmente considerados.¹⁶

Incluso en el caso de las listas con voto preferente el candidato electo queda vinculado a su partido y no puede reclamar como “suyos” los votos obtenidos en su nombre para, a partir de eso, pretender una representación autónoma e independiente de los mismos:

“En ese sentido, se advierte que los votos preferentes tienen como único propósito el de ordenar la lista, sin que ello signifique una desvinculación entre el candidato frente al cual el elector ha explicitado su predilección y la lista a la que pertenece. Por ende, la legitimidad democrática representativa de los miembros de las corporaciones públicas depende de los votos de los electores de la lista que avaló su aspiración. No puede la Corte soslayar que la actual práctica política colombiana ha llegado a tergiversar la figura del voto preferente, de modo que una visión desprevenida concluiría que el apoyo del elector en las listas con esa modalidad de sufragio se circunscribe a un candidato en particular, con abstracción del partido o movimiento a que pertenezca. Este rezago de prácticas personalistas en el acontecer político no tiene, de ningún modo, el alcance de desvirtuar la fórmula electoral, el método de asignación de curules y la vigencia del régimen de bancadas que prevén la Constitución. Estos instrumentos concuerdan

14 “Artículo 263. (...) Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley”.

15 “Artículo 263-A. Adicionado por el artículo 13 del Acto Legislativo 1 de 2003. La adjudicación de curules entre los miembros de la respectiva corporación se hará por el sistema de cifra repartidora. Esta resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos (...)”

16 Sentencia C-303 de 2010.

en afirmar que, en el marco de la promoción del fortalecimiento del sistema de partidos, la legitimidad democrática del mandato representativo descansa en el apoyo ciudadano a la lista del partido o movimiento correspondiente, no a sus integrantes individualmente considerados”¹⁷

Estas mismas consideraciones le han servido también al Consejo de Estado para señalar que en el sistema electoral colombiano *las curules no son de los candidatos individualmente considerados sino de los partidos y movimientos políticos* a los cuales pertenecen. Al respecto ha dicho lo siguiente:

*“(…) Con la reforma constitucional adoptada en el Acto Legislativo 01 de 2003, la preponderancia política radica en los partidos y movimientos políticos sobre los individuos o candidatos. Es así que el inciso 6 del artículo 108 de la Constitución modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2003 creó el régimen de bancadas () Para el control de dicho régimen, los estatutos de las agrupaciones políticas podrán prever sanciones para los miembros de las bancadas por la inobservancia de sus directrices, salvo los asuntos de conciencia. También se estableció que los partidos y movimientos “presentarán listas y candidatos únicos”. Adicionalmente, se previó la existencia de un umbral que debe ser superado por la votación de las listas presentadas por los partidos y movimientos para que puedan competir por las curules que se asignarán por el sistema proporcional respectivo, bien sea la cifra repartidora o el cociente electoral. Finalmente, tanto la cifra repartidora como el cociente electoral se aplican a la votación obtenida por las diferentes listas y no a los candidatos como se explica más adelante. De todas las normas referidas se establece que el sistema electoral vigente aplica directamente a los partidos o movimientos políticos -umbral, cociente electoral, cifra repartidora y bancadas- disposiciones establecidas a favor del fortalecimiento de los partidos políticos en desmedro de las “microempresas electorales” como consta en los antecedentes de la reforma política de 2003. En consecuencia, no se puede predicar que esas normas sean aplicables en forma directa a los candidatos. **En suma, las curules obtenidas por los partidos y movimientos políticos pertenecen a éstos y no a los candidatos.** (...)”¹⁸ (Se subraya)*

Precisamente, con base en esta conclusión -que las curules son de los partidos y movimientos políticos y no de los individuos-, el Consejo de Estado ha considerado también que la pertenencia al partido o movimiento político que avaló la elección es condición necesaria para el ejercicio del cargo, razón por la cual no puede llamarse a ocupar una curul de una corporación pública de elección popular, en representación de un partido o movimiento político, a quien ha dejado de pertenecer a la respectiva colectividad:

“Así, no existe la menor duda que las curules en las corporaciones públicas de elección popular son conquistadas por las organizaciones políticas y que si bien las personas naturales que las ocupan cumplen un papel preponderante en esos logros electorales, ello no basta para señalar que son éstos y no aquellas quienes tienen un derecho intangible frente a esos escaños. Los poderes de veto y expulsión que ostentan los partidos y movimientos políticos refrendan la

¹⁷ Sentencia C-303 de 2010. Ver también Sentencia C-1017 de 2012.

¹⁸ Sección Quinta, Sentencia del 11 de julio de 2.011. Expediente 2010-00105. Reiterada por la misma sección en Sentencia del 17 de julio de 2014, expediente 2013-00040, acumulado: “De lo expuesto se tiene que son las organizaciones políticas (partidos y movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos y movimientos sociales) quienes presentan listas de candidatos; por ello, deben responder por los avales que otorgan; sus candidatos, una vez elegidos para una corporación pública -por regla general-, actúan conjuntamente en bancada en razón de su pertenencia a la organización política. Por lo anterior, y como lo ha concluido esta Sección, “las curules obtenidas por los partidos y movimientos políticos pertenecen a estos y no a los candidatos”.

tesis de que el derecho subjetivo que adquieren los candidatos electos se subordina al derecho político fundamental que esas organizaciones tienen en tanto sirven como canales de comunicación entre la sociedad y sus militantes que integran los cuadros del poder político, para la materialización de sus ideales y desde luego para la búsqueda del bienestar general.

Ahora, si las curules son de las organizaciones políticas y los integrantes de una corporación pública están obligados a actuar en bancada junto con los demás miembros elegidos por el partido o movimiento político, no resulta coherente constitucionalmente que se llame a ocupar una curul, en representación de un partido político, a un candidato que ya no pertenece a dicha organización política”¹⁹

La misma sentencia aclara entonces que cada persona es libre de afiliarse o retirarse de un partido o movimiento político (artículos 38 y 40 C.P.); sin embargo, en caso de renuncia a la colectividad, es materialmente imposible que pretenda representarla en las corporaciones públicas de elección popular:

“Así, el hecho de participar en una elección en representación de una organización política no limita la libertad de los ciudadanos para que con posterioridad opten por retirarse ella, caso en el cual no es materialmente posible que la persona que ya no pertenezca al partido o movimiento continúe dentro de la lista de candidatos con vocación de representar en el futuro a dicha organización política en una corporación pública, ni de actuar, conjuntamente con los otros miembros, en bancada, pues con su dimisión ya no le serán aplicables los estatutos de la organización”

Así, la obtención de una curul en una corporación pública de elección popular, si bien incorpora la voluntad y esfuerzo personal del candidato, comporta también el trabajo colectivo del partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos al que pertenece, así como el uso y aprovechamiento de su imagen, plataforma ideológica y organización. Además, es a través de los partidos y movimientos políticos que se recibe la financiación estatal de las campañas (artículo 109 C.P.) y se accede a los medios de comunicación (artículo 111 C.P.).

De manera que, en síntesis, a partir del momento en que un candidato obtiene el aval de un partido o movimiento político surge una relación especial entre ambos, en la que los primeros asumen el deber de apoyar a los segundos en el debate electoral y los segundos la obligación de representar a los primeros, conforme al régimen de pertenencia y fidelidad que los cobija²⁰.

19 Sentencia del 17 de julio de 2014, expediente 2013-00040, acumulado

20 “(...) tratándose de los cargos de elección popular, el aspirante que cumpla con los requisitos de elegibilidad exigidos, al presentar su nombre a la consideración del electorado lo hace por intermedio de un partido o movimiento político que le da su aval y lo propone, siendo, entonces, inevitable y necesario, incluso como una garantía brindada al electorado, dar a conocer y difundir la filiación política y, en caso de no estar adscrito a ningún partido o movimiento, manifestar en qué condición se produce la postulación, con qué ideas o apoyos y a cuál sector del electorado se pretende representar”. (Sentencia C-230A de 2008)

3. Régimen de bancadas y funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular: deber de sus miembros de permanecer vinculados al partido o movimiento político que los avaló como condición necesaria para ejercer el cargo

Establecida entonces la necesidad de un vínculo entre los aspirantes a los cargos de elección popular y los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos con capacidad de postulación electoral, resulta necesario estudiar ahora qué sucede con esa relación cuando se logra la elección y el antes “candidato” pasa a ser “miembro” de la corporación pública de elección popular en nombre de su colectividad.

Para resolver este asunto es necesario revisar el régimen de bancadas y el funcionamiento de las organizaciones públicas de elección popular, algunas de cuyas principales características ya se han esbozado anteriormente.

3.1 Sobre el régimen de bancadas

De acuerdo con el artículo 108 de la Constitución Política, los miembros de las corporaciones públicas elegidos por *un mismo partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos*, salvo los asuntos definidos como de conciencia, deben actuar como bancada (no individualmente), de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente a su interior:

“Artículo 108 (...) Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

Los Estatutos Internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido”. (Se resalta)

Esta disposición constitucional es reiterada en el artículo 2° de la Ley 974 de 2005, por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, de la siguiente manera:

“Artículo 2°. Actuación en Bancadas. Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia”.

Según se ha indicado por la jurisprudencia este deber de actuación en bancadas es un mecanismo diseñado por la Constitución para dotar de coherencia y solidez las decisiones de los partidos y movimientos políticos *“al exigirles que el proceso de adopción de decisiones*

gire en torno a los criterios previamente adoptados por tales organizaciones”.²¹ Por tanto, los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, mientras ejerzan su cargo, asumen el deber de representar y *defender, organizados como bancada*” la ideología y el programa político del partido al que pertenecen²².

Precisamente, el artículo 4º de la misma Ley 974 de 2005 se refiere a la obligación de los partidos y movimientos políticos de regular en sus estatutos el funcionamiento de la bancada y establece expresamente *que la renuncia al partido o movimiento político o ciudadano que avaló la elección constituye violación del régimen de bancadas*:

“Artículo 4º Estatutos. *Los partidos deberán establecer en sus estatutos las reglas especiales para el funcionamiento de sus bancadas y los mecanismos para la coordinación de sus decisiones dentro de las corporaciones públicas, en las que se establezcan obligaciones y responsabilidades distintas según se trate del cumplimiento de funciones legislativas, de control político o electorales, por parte de la respectiva corporación.*

Asimismo, determinarán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del miembro de la respectiva corporación pública, observando el debido proceso.

En todo caso la sanción deberá ser comunicada a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación, para que a través de ella se le dé cumplimiento, siempre que ello implique limitación de derechos congresuales.

Los estatutos de los partidos también contemplarán sanciones estrictas por la inasistencia reiterada a reuniones de bancada, las que podrán incluir la pérdida temporal del derecho al voto.

La inasistencia a las reuniones de las bancadas no excusará al ausente de actuar conforme a las decisiones adoptadas por las mismas, y si no lo hiciere así este quedará sujeto a las sanciones previstas por los estatutos del partido o movimiento político para la violación del régimen de bancadas.

En caso de la imposición de una sanción por un partido o movimiento a uno de sus miembros procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que se surtirá dentro del mismo partido y ante la instancia correspondiente que determine los estatutos.

El retiro voluntario de un miembro de Corporación Pública del partido o movimiento político o ciudadano en cuyo nombre se eligió, implica el incumplimiento del deber de constituir bancada, y como tal podrá sancionarse como una violación al Régimen de Bancada en los términos de la Constitución y la ley.” (Se resalta).

21 Sentencia C-1017 de 2012.

22 Sentencia C-342 de 2006. Por ello se ha indicado también que la reglamentación legal de la actuación de las bancadas en las corporaciones públicas de elección popular debe, en cualquier caso, “respetar la decisión constitucional de obligar a los miembros de los partidos y movimientos políticos de actuar colectivamente – o en bloque - de conformidad con los estatutos y el programa de la correspondiente organización y según la decisión que democráticamente adopte la respectiva bancada” (Sentencia C-859 de 2006).

Como se observa, la violación de las directrices de la colectividad genera responsabilidad para quien se aparta de ellas y puede ser sancionada con penas que pueden comportar la pérdida del derecho al voto e incluso ir hasta la expulsión del partido o movimiento político, lo que estaría reservado para las infracciones más graves del régimen de bancadas. En cualquier caso, el cumplimiento de las sanciones impuestas por los partidos y movimientos políticos corresponde *a las mesas directivas de las respectivas corporaciones* si conllevan limitación de los derechos del elegido.

La Sala destaca en este punto por su relevancia para la presente consulta, lo señalado en el inciso final de la norma en cita sobre el hecho de que la renuncia de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular al partido o movimiento político o ciudadano en cuyo nombre se eligieron, *constituye incumplimiento del deber de constituir bancada*.

Esto significa entonces que tanto desde el punto de vista de la prohibición de doble militancia analizada inicialmente (*los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo – artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 – supra, literal A*), como desde el punto de vista del régimen de bancadas que se revisa ahora, existe un deber de lealtad y pertenencia de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular con el partido o movimiento político o ciudadano que los avaló²³.

Por tanto, como contrapartida del aval obtenido, los miembros de las corporaciones públicas de elección popular adquieren un deber ético y jurídico de actuar en bancada y de compartir y agenciar la plataforma ideológica del partido o movimiento político que los respaldó en su camino a la elección:

“(...) En efecto, desde el momento mismo en que un partido o movimiento político inscribe el nombre de un ciudadano en la lista correspondiente para la elección popular de miembros a corporaciones públicas, y resulta elegido, surge un vínculo entre dicho ciudadano, la respectiva bancada y el partido o movimiento político o ciudadano al que pertenece, que implica la obligación del elegido de someterse a la disciplina de la bancada, acatando las determinaciones, decisiones y directrices que esta adopte, so pena de quedar incurso en las sanciones establecidas en los estatutos del partido o movimiento político respectivo, que pueden incluir hasta la expulsión del mismo, y con ello la imposibilidad de ser incluido nuevamente en lista para cargo de elección popular a nombre de dicho partido o movimiento político”²⁴

En este sentido, la jurisprudencia ha diferenciado entre los simples simpatizantes (ciudadanos que se identifican con una determinada colectividad pero sin vincularse a ella), los afiliados o militantes (aquellos que se adhieren formalmente a la organización) y *los integrantes que ejercen cargos de elección popular en representación del partido o movimiento político* (caso analizado en esta consulta), los cuales asumen un deber concreto y específico (reforzado) de lealtad con la plataforma política de su organización política:

23 Sentencia C-859 de 2006: “Adicionalmente, los partidos y movimientos quedan constitucionalmente habilitados para establecer una férrea disciplina interna y para obligar a sus miembros a votar, en todos los casos – salvo en los “asuntos de conciencia”, de conformidad con las decisiones democráticas adoptadas. En este sentido, cabe indicar que la obligación de adoptar todas las decisiones de manera democrática dentro de la bancada, tiende a fomentar la discusión colectiva y a consolidar y dotar de cohesión y consistencia las actuaciones del partido o movimiento en la respectiva corporación. Esto adicionalmente, promueve el control ciudadano y la rendición de cuentas del partido respecto de sus electores.

24 Sentencia C-036 de 2007. Sobre régimen de bancadas ver igualmente Sentencia del Consejo de Estado del 19 de septiembre de 2013, expediente 2012-00110.

“De un lado están los ciudadanos, titulares de derechos políticos y quienes frente al sistema de partidos se encuadran exclusivamente en el ejercicio del derecho al sufragio. De otro, están los miembros de partidos o movimientos, también denominados militantes, quienes hacen parte de la estructura institucional de esas agrupaciones y, por ende, están cobijados por algunos de los derechos y deberes que las normas estatutarias internas le imponen, en especial la posibilidad de participar en sus mecanismos democráticos internos. Finalmente, están los integrantes de los partidos o movimientos, quienes además de pertenecer a la agrupación política, ejercen cargos de elección popular, bien sea uninominales o corporativos. Estos ciudadanos están vinculados jurídicamente tanto con la totalidad de las normas estatutarias del partido, como con los preceptos constitucionales y legales que establecen las distintas esferas de la disciplina de partidos, en especial el régimen de bancadas, aplicables a los integrantes de corporaciones públicas.”²⁵ (Se resalta).

Igualmente la Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado que conforme al artículo 108 de la Constitución Política y 2º y 4º de la Ley 974 de 2005 *“el ser miembro de la bancada le impone el deber a quien detente la curul de ceñir su actuación a los lineamientos de la organización política”*; en razón de la exigencia constitucional de que los miembros de cada bancada actúen en grupo y coordinadamente de acuerdo con las decisiones democráticas adoptadas por ella²⁶.

En este contexto, la sanción de expulsión del partido o movimiento político, que según el artículo 4º de la Ley 974 de 2005 anteriormente citado constituye la sanción mas grave por violación del régimen de bancadas, comporta un castigo al deber ético y jurídico del candidato elegido de representar y defender en la corporación pública de elección popular las ideas por las cuales fue elegido y cuya afinidad fue la razón de ser del aval que se le concedió.

Esta consideración es especialmente importante para la presente consulta, pues como lo aclaró recientemente la Corte Constitucional al resolver sobre la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana, en la actual arquitectura institucional no hay lugar a la revocatoria de mandato de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, dado que la relación que se establece no es entre los electores y los candidatos, sino entre los electores y los partidos y movimientos políticos, quienes a través del régimen de bancadas tienen la responsabilidad de asegurar la disciplina interna de la colectividad y el cumplimiento de los programas y plataformas políticas ofrecidos a la ciudadanía:

“La Corte ha considerado que la revocatoria del mandato se aplica, en atención a lo establecido en materia de voto programático en el artículo 259 de la Carta, únicamente a los alcaldes y gobernadores. Refiriéndose a la posibilidad de aplicar tal institución a los congresistas sostuvo esta Corte:

“El funcionamiento en bancadas tiene como objetivo racionalizar las labores del Congreso y de las Corporaciones de elección popular. En tal sentido, la prohibición de la doble militancia tiene como razón de ser la de servir de instrumento disciplinante para la existencia misma

²⁵ Sentencia C-303 de 2010. Ver también Sentencia C-334 de 2014.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 17 de julio de 2014, expediente 2013-00040, acumulado.

de las bancadas. Así, en principio, bancadas y doble militancia no dependen de la clase de mandato que se les conceda a los parlamentarios.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien puede ser independiente la existencia de disciplina interna de los partidos mediante el funcionamiento de bancadas de la clase de mandato que se maneje, es necesario tener presente las relaciones existentes entre mandato parlamentario y funcionamiento de partidos, pues esta relación determina en buena parte la forma de ser de nuestro sistema democrático. De tal suerte que, para las Corporaciones de elección popular no puede hablarse de mandato imperativo, pues no está en los representantes de un partido concretar todo el programa, la razón de ser, la naturaleza de los órganos colegiados es la negociación, el consenso y la conclusión en la ley de las decisiones más próximas a un ideario. No puede exigírseles mandato imperativo, ni revocatoria del mandato.²⁷

Así las cosas, en el sistema actual, resultante de la reforma política y de la ley de bancadas, si bien no existen responsabilidades directas entre elector y representante por incumplimientos del mandato (no pueden existir), si existe un mecanismo para que los elegidos actúen de manera armónica y cohesionada en torno a los intereses del partido, cual es, la prohibición de la doble militancia y el régimen disciplinario interno que hasta donde la dinámica política parlamentaria lo permite, debe orientar a los representantes a actuar de manera coherente con tal ideario político en que consiste el programa del partido”²⁷

De este modo, así como no existe revocatoria de mandato de los miembros de las corporaciones de elección popular por la ausencia de una relación directa entre estos y los electores, así tampoco puede reclamarse por aquellos (congresistas, diputados o concejales) el derecho a representar un número determinado de votantes mediante el ejercicio autónomo e individual de su investidura. Precisamente, la Ley 974 modificó el artículo 263 de la Ley 5 de 1992 sobre la responsabilidad de los miembros del Congreso, que al compararse con la norma anterior permite verificar el cambio que se ha producido en el papel que ahora cumplen los miembros de las corporaciones públicas de elección popular:

Artículo 263 (texto original de la Ley 5 de 1992)	Artículo 263 (texto nuevo según modificación de la Ley 974 de 2005)
<p>Artículo 263. Los miembros de las Cámaras legislativas representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.</p>	<p>Artículo 263. Compromiso y responsabilidad. Los miembros de las Cámaras Legislativas representan al pueblo, y deberán actuar en bancadas, consultando la justicia y el bien común, y de conformidad con lo dispuesto en los estatutos de su partido o movimiento político o ciudadano. Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. (Se resalta).</p>

²⁷ Sentencia C-150 de 2015. Ver también Sentencia C-1017 de 2012 en la que sobre la importancia de dar cumplimiento al régimen de bancadas señala: “Esto, adicionalmente, promueve el control ciudadano y la rendición de cuentas del partido respecto de sus electores”

Así, en la concepción original de la Ley 5 de 1992 los miembros del congreso representan al pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común, en tanto que bajo el régimen de bancadas de la Ley 974 de 2005 están obligados, además, a actuar como colectividad y de conformidad con lo dispuesto en los estatutos del partido o movimiento político o ciudadano al que pertenecen. Por tanto, cuando el segundo inciso señala que los congresistas son responsables ante sus electores por el cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, eso significa, en la normatividad actual, el deber de cumplir el régimen de bancadas y la prohibición de doble militancia.

En síntesis, el vínculo o relación que surge entre los candidatos y sus partidos o movimientos políticos (*supra*, literal B-1) no desaparece ni se debilita con la elección; por el contrario se fortalece a partir de las especiales responsabilidades que el elegido asume en relación con la pertenencia, representación y defensa de la plataforma ideológica del partido por el cual se postuló, donde, la exigibilidad del régimen de bancadas es garantía de *“la consolidación de una especie de mandato programático que existe entre los partidos y movimientos políticos, los elegidos y sus electores”*²⁸

b. Sobre la organización y funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular: gravita alrededor de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos y no de las personas individualmente consideradas

La implementación del régimen de bancadas ha supuesto un cambio significativo en el funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular, en la medida que los partidos y movimientos políticos asumen el papel que en algún momento tuvieron cada uno de sus integrantes individualmente considerados:

*“En este sentido, el funcionamiento del órgano legislativo mediante este nuevo sistema supone una variación en los protagonistas del juego político. En adelante, serán los partidos y movimientos políticos los actores principales mediante sus representantes en el Congreso de la República, sin perjuicio de las responsabilidades y actuaciones individuales que, en la Constitución y en la ley, se preservan para los parlamentarios (v.g. la presentación de informes de ponencia, la formulación de proposiciones, el ejercicio del voto, etc.)”*²⁹

Es así que el artículo 3° de la Ley 974 de 2005 radica en las bancadas y no en sus integrantes los derechos de intervención, participación y postulación dentro de las corporaciones públicas de elección popular de la siguiente manera:

“Artículo 3°. Facultades. Las bancadas tendrán derecho, en la forma prevista en la presente ley, a promover citaciones o debates y a intervenir en ellos, a participar con voz en las sesiones plenarias de la respectiva Corporación; a intervenir de manera preferente en las sesiones en las

28 Sentencia C-1017 de 2012.

29 Sentencia C-1017 de 2012. Ver también Sentencia C-036 de 2007. “(...)Al respecto considera la Corte, que de conformidad con la dinámica propia del régimen de bancadas adoptado través del Acto Legislativo 1 de 2003, con la preponderancia de la actuación en grupos parlamentarios, la cual enmarca la actividad individual de los miembros de las corporaciones públicas, resulta evidente que cuando en el artículo 10 se alude en repetidas ocasiones a los “oradores” y a los “miembros” de las bancadas, no puede entenderse que se está posibilitando la iniciativa individual y la intervención a título personal de los diferentes integrantes de la respectiva corporación, sino que se alude a la actividad de aquellos “miembros” u “oradores” que intervienen en su condición de voceros oficiales de las diferentes bancadas, así como de aquellos miembros de la bancada que, por ciertas razones como las de naturaleza técnica, dada la especialidad del tema a discutir, han sido autorizados por la bancada para intervenir a nombre de la bancada, los cuales deberán ajustar su intervención al tiempo y oportunidad concedidos por la mesa directiva a la bancada respectiva”.

que se voten proyectos normativos; a presentar mociones de cualquier tipo; a hacer interpelaciones; a solicitar votaciones nominales o por partes y a postular candidatos.

*Lo anterior sin perjuicio, de las facultades o atribuciones que por virtud del Reglamento del Congreso se les confieren de manera individual a los congresistas, **parapromover citaciones o debates y a intervenir en ellos**, a participar con voz en las sesiones plenarias de la respectiva corporación; a intervenir de manera preferente en las sesiones en las que se voten proyectos normativos; a presentar mociones de cualquier tipo; a hacer interpelaciones; a solicitar votaciones nominales o por partes y a postular candidatos, así como verificaciones de quórum, mociones de orden, mociones de suficiente ilustración y las demás establecidas en el citado reglamento³⁰.*

Como se observa en el inciso primero, la ley le asigna a las bancadas (no a sus miembros) las facultades de participación e intervención que permiten el funcionamiento de las corporaciones de elección popular: promover citaciones o debates e intervenir en ellos; participar con voz en las sesiones plenarias de la respectiva corporación; intervenir en las sesiones en las que se voten proyectos normativos; presentar mociones de cualquier tipo; hacer interpelaciones; solicitar votaciones nominales o por partes; y postular candidatos.

Aunque el inciso segundo de la norma parece radicar las mismas facultades en cada uno de los miembros individualmente considerados de las corporaciones de elección popular, es preciso recordar que la Sentencia C-036 de 2007 (i) declaró inexequibles las expresiones subrayadas, precisamente por considerarlas contrarias al régimen constitucional de bancadas, en la medida que las facultades allí enunciadas (promover citaciones o debates y postular candidatos) son exclusivas de los partidos y movimientos políticos y ciudadanos y no pueden ser ejercidas por cada uno de sus integrantes individualmente considerados; y (ii) condicionó la exequibilidad del texto restante “en el entendido de que esas actuaciones, salvo que se hayan definido por la bancada como un asunto de conciencia, se harán en todo caso dentro del marco de las decisiones, determinaciones y directrices fijadas previamente por esta, de conformidad con los estatutos del respectivo partido”³¹.

De este modo, las facultades que el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 974 de 2005 concede a cada uno de los miembros de las corporaciones de elección popular, solo se pueden ejercer a título individual cuando se trate, excepcionalmente, de asuntos de conciencia en los que no se vota como bancada. En los demás casos, que son la regla general, se debe actuar como colectividad y de acuerdo con las directrices y decisiones adoptadas por ella³².

Según señaló la Corte Constitucional en la referida Sentencia C-036 de 2007, la reforma del artículo 108 de la Constitución Política por el acto Legislativo 1 de 2003, reduce la actuación individual de los miembros de los partidos y movimientos políticos e impide, salvo asuntos de conciencia, que cada uno de ellos funcione de manera separada e independiente:

“Cabe recordar, que el concepto de bancada o grupo parlamentario involucra el de disciplina del voto así como de otros aspectos de la actividad parlamentaria. Tal situación, de hecho com-

30 Los apartes subrayados fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en [Sentencia C-036 de 2007](#).

31 Sentencia C-036 de 2007.

32 Sentencia C-1017 de 2012.

porta una reducción cada vez mayor de las competencias individuales de los miembros de las corporaciones públicas, y hace del interior de cada grupo o bancada el escenario propicio para que los miembros de las corporaciones públicas hagan conocer sus propios puntos de vista e incidan en el sentido de las decisiones que habrán luego de adoptarse por estas, de conformidad y en nombre del partido o movimiento político o ciudadano al que pertenecen.

(...) Y, si la regla general consagrada en la Constitución es la actuación en bancadas, no resulta ajustado a la Constitución mantener en cabeza de los congresistas individualmente considerados las mismas atribuciones conferidas a aquellas para promover citaciones o debates y a intervenir en ellos, a participar con voz en las sesiones plenarios de la respectiva corporación; a intervenir de manera preferente en las sesiones en las que se voten proyectos normativos; a presentar mociones de cualquier tipo; a hacer interpelaciones; a solicitar votaciones nominales o por partes y a postular candidatos, así como verificaciones de quórum, mociones de orden, mociones de suficiente ilustración y las demás establecidas en el citado reglamento, como lo prevé el inciso segundo del artículo tercero de la ley 974 de 2005, pues se haría nugatoria la finalidad de la reforma política de instaurar la actuación en las corporaciones públicas mediante bancadas, y ningún avance se lograría para la racionalización de la labor del Congreso en relación con la situación existente con anterioridad a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo³³. (Se resalta).

En virtud de lo anterior la Ley 974 de 2005 reforma también diversas disposiciones de la Ley 5 de 1992 -reglamento del Congreso de la República-, para fortalecer las actuaciones y funciones de las bancadas por sobre las de sus integrantes individualmente considerados. Entre otros se modifican de la Ley 5 de 1992 (i) el artículo 41, en el sentido de incluir como función de las mesas directivas “Darles cumplimiento a las sanciones disciplinarias impuestas a los miembros de las bancada”; ii) el artículo 68 en relación con la distribución de los congresistas en los recintos de senado y cámara según las bancadas; (iii) el artículo 80 sobre el derecho de las bancadas a que en el orden del día de incluya al menos un punto que sea de su interés; (iv) el artículo 97 sobre el derecho de las bancadas a actuar a través de sus voceros y miembros autorizados en los debates parlamentarios; (v) el artículo 140 para darle a las bancadas iniciativa legislativa, (vi) el artículo 150 respecto del derecho de las bancadas a designar ponentes en los proyectos de acto legislativo o de ley de su iniciativa; (vii) el artículo 187 que se refiere al derecho de las bancadas a participar de las comisiones accidentales; y (viii) el artículo 263 sobre el deber de los congresistas de actuar conforme a la justicia, el bien común y “lo dispuesto en los estatutos de su partido o movimiento político o ciudadano”³⁴.

33 Sentencia C-036 de 2007. En relación con la restricción de los derechos de participación individual de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular solo a los asuntos de conciencia, ver también la Sentencia C-1017 de 2012: “Como se observa de lo expuesto, la Corte ha mantenido una interpretación estricta y rigurosa del régimen de bancadas y de la disciplina del voto, por lo que el espacio para las actuaciones individuales de los parlamentarios se ha visto claramente limitado. En efecto, (i) aquellas atribuciones o facultades que el reglamento reconoce como particulares o individuales de cada congresista, se deberán ejercer en todo caso dentro del marco de las decisiones, determinaciones y directrices fijadas previamente por las bancadas, de conformidad con los estatutos del respectivo partido o movimiento político (Sentencia C-036 de 2007); (ii) no se consideran actuaciones individuales y, por ende, en todos los casos se someten a decisión colectiva, las facultades de promover citaciones o debates y de intervenir en ellos, de participar de manera preferente en las sesiones en las que se voten proyectos normativos y la de postular candidatos (Sentencia C-036 de 2007); (iii) la posibilidad de dejar en libertad a los miembros de una organización política para actuar de acuerdo con su criterio individual, supone la previa determinación de los asuntos de conciencia en los que excepcionalmente la disciplina del voto no tiene cabida, conforme a la ideología que inspira a cada organización plasmada en sus estatutos (Sentencia C-036 de 2007); y finalmente, (iv) no se consideran asuntos de conciencia las razones de conveniencia política, los asuntos de controversia regional y los aspectos propios del trámite legislativo (Sentencia C-859 de 2006)”.

34 El artículo 19 de la Ley 974 de 2005 extiende estas modificaciones a las demás corporaciones públicas de elección popular: “Artículo 19. Las disposiciones de esta ley son aplicables en lo pertinente a las Bancadas que actúen en las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales o Distritales y las Juntas Administradoras Locales”.

Precisamente al revisarse la constitucionalidad de algunos apartes de la ley 974 de 2005 que se refieren de manera genérica a las facultades de los “oradores” y “miembros de las bancadas”, la Corte Constitucional reiteró que luego de las reformas constitucionales introducidas por los Actos Legislativos 1 de 2003 y 1 de 2009, tales expresiones solo pueden entenderse en el sentido de que los oradores y miembros de las corporaciones públicas de elección popular actúan como voceros autorizados de sus bancadas y no a título individual:

“Al respecto considera la Corte, que de conformidad con la dinámica propia del régimen de bancadas adoptado través del Acto Legislativo 1 de 2003, con la preponderancia de la actuación en grupos parlamentarios, la cual enmarca la actividad individual de los miembros de las corporaciones públicas, resulta evidente que cuando en el artículo 10 se alude en repetidas ocasiones a los “oradores” y a los “miembros” de las bancadas, no puede entenderse que se está posibilitando la iniciativa individual y la intervención a título personal de los diferentes integrantes de la respectiva corporación, sino que se alude a la actividad de aquellos “miembros” u “oradores” que intervienen en su condición de voceros oficiales de las diferentes bancadas, así como de aquellos miembros de la bancada que, por ciertas razones como las de naturaleza técnica, dada la especialidad del tema a discutir, han sido autorizados por la bancada para intervenir a nombre de la bancada, los cuales deberán ajustar su intervención al tiempo y oportunidad concedidos por la mesa directiva a la bancada respectiva”³⁵.

Se ha señalado entonces que el régimen de bancadas y la prohibición de doble militancia buscan un funcionamiento más organizado, simplificado y eficiente de las corporaciones públicas de elección popular, que no se lograría sobre la base de actuaciones individuales y dispersas de cada uno de sus miembros:

“(…) con la entrada en funcionamiento de un régimen de bancadas, las clásicas funciones del Congreso se pueden simplificar de manera significativa. El control político, adelantado mediante los consabidos debates, se realizaría principalmente como una estrategia partidista y no motivado por actitudes individuales o egoístas. De esta forma, la opinión pública recibirá un menor número de opiniones, pero estas serán, a su vez, más representativas y profundas. De igual manera, el procedimiento legislativo se verá transformado puesto que se puede racionalizar la presentación de iniciativas legislativas y los debates en comisiones y plenarios serán más organizados. Cabe asimismo señalar que los regímenes de bancadas conducen a fomentar y estimular la especialización de los congresistas. A su vez, los portavoces de las respectivas bancadas deberán ser los más preparados para aportar y criticar los proyectos de ley que se discuten. El trabajo en comisión será el principal, pues allí se definirán los contenidos, en tanto que las plenarios servirán para hacer públicas las razones de consenso o disenso entre las diversas bancadas. De allí que las bancadas son un instrumento para ejercer la participación política dentro del Congreso, evitando la dispersión y atomización de las opiniones políticas, y sobre todo, logra una mejor gobernabilidad, coadyuvando a racionalizar el sistema político colombiano”³⁶.

35 Sentencia C-036 de 2007.

36 Sentencia C-342 de 2006. En esta misma se indicó en relación con la prohibición de doble militancia y su relación con el funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular: “Tal prohibición, por lo demás, tiene como corolario la sanción del “transfuguismo político”, fenómeno que afecta el normal desarrollo de la actividad del Congreso de la República, o en su caso, de las Asambleas Departamentales, los Concejos Distritales y Municipales y las Juntas Administradoras Locales. Así pues, no se trata tan solo de un asunto de lealtad para con la organización política que llevó al candidato a la curul, sino que está de por medio el racional funcionamiento de una Corporación Pública”.

En consecuencia, si bien el voto en las corporaciones de elección popular es ejercido por cada uno de sus miembros de manera individual, debe responder, salvo los asuntos de conciencia, a las decisiones internas adoptadas previamente por las respectivas bancadas. Dicho de otro modo, las decisiones de las corporaciones públicas de elección popular son el resultado de la suma de la voluntad de las bancadas expresada a través de cada uno de sus miembros y no simplemente la suma de las voluntades individuales de cada uno de ellos.

Por tanto, no parece compatible con el régimen de bancadas y de funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular que existan congresistas, diputados o concejales sin afiliación a un partido o movimiento político y con la pretensión de actuar de manera individual y en representación de sus propios intereses particulares.

4. Conclusiones y respuesta a los interrogantes planteados: necesidad de que el legislador regule expresamente la materia.

De acuerdo con el análisis que se ha realizado de (i) los artículos 107 y 108 y 263 y 263A de la Constitución Política; (ii) la Ley 130 de 1994 –estatutaria de los partidos y movimientos políticos–; (iii) la Ley 974 de 2005 –actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas–; (iv) la Ley 1475 de 2011 –reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos–; se puede concluir que:

a. La facultad de postulación de candidatos a las corporaciones públicas de elección popular está radicada en los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos y no en los aspirantes individualmente considerados. En consecuencia, los interesados en ser elegidos en dichas corporaciones deben vincularse y representar a un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos que avale o respalde su postulación.

b. La relación entre el candidato y su partido o movimiento político no desaparece sino que se fortalece con la elección, en la medida que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular quedan obligados a no incurrir en doble militancia, a actuar en bancada y a representar la plataforma política del partido o movimiento político que los avaló.

c. El diseño institucional (constitucional y legal) de las corporaciones públicas de elección popular está construido a partir de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos –como canalizadores de la voluntad popular de los electores–, y no de las personas (congresistas, diputados o concejales) individualmente considerados; por tanto, salvo los asuntos definidos como de conciencia, no está previsto en su funcionamiento que existan congresistas, diputados o concejales que actúen al margen de los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos que obtuvieron las curules en la respectiva corporación.

De acuerdo con lo anterior, la expulsión de un miembro de una corporación pública de elección popular del partido o movimiento político que lo avaló deja a dicho servidor en imposibilidad de cumplir sus deberes de pertenencia a un partido o movimiento político; asimismo lo pone en contravía de las reglas de organización y funcionamiento de tales corporaciones, en las que los derechos de participación corresponden a las bancadas y no a sus integrantes individualmente considerados.

Por tanto, el congresista, diputado o concejal expulsado de su partido o movimiento político sufre una disminución importante de sus facultades como miembro de la corporación a la cual pertenece, en la medida que (i) pierde la mayor parte de sus posibilidades de participación dentro de la corporación; (ii) queda impedido para formar bancada y ejercer los derechos que esa condición le otorga y (iii) pierde los beneficios que le otorga su pertenencia a un partido o movimiento político (financiación, acceso a medios de comunicación, etc.). Se observa pues que en ningún caso la expulsión de la colectividad comporta un efecto neutro y mucho menos favorable o beneficioso para los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

De ahí que las mesas directivas de la respectiva corporación deban ser informadas de tales expulsiones para que puedan cumplir su deber de dar cumplimiento a las sanciones impuestas por los partidos y movimientos políticos que conllevan, como en este caso, la limitación de los derechos del elegido (artículo 4º de la Ley 974 de 2005, *supra* 3.1).

En este contexto parecería casi obligado concluir que la expulsión del partido o movimiento político también produce la pérdida de la curul, tal como se plantea en las preguntas del organismo consultante. Empero, pese a la fuerza de los argumentos expuestos, la Sala observa que ni la Constitución ni la ley -que han sido especialmente cuidadosas en regular las causas que producen la separación de un cargo de elección popular- han previsto expresamente esa consecuencia, pues no fue establecida ni en los artículos 107 (prohibición de doble militancia) y 108 (régimen disciplinario de los partidos) de la Constitución Política, ni en las Leyes 974 de 2005 y 1475 de 2011 suficientemente analizadas a lo largo de este concepto.

Tampoco aparece consagrada -la pérdida de la curul por la expulsión del partido o movimiento político- como causal de pérdida de investidura (artículo 183 *ibídem*), ni como falta absoluta que permita el reemplazo del elegido (artículo 134 *ibídem*). En efecto, la primera de tales disposiciones establece:

“Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado (...).”

Por su parte, el artículo 134 de la Constitución Política sobre vacancias absolutas de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, modificado por el Acto Legislativo 2 de 2015, señala:

“Artículo 134. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral (...)

Parágrafo Transitorio. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura (...)”

Se observa pues que el propio constituyente ha dispuesto un régimen de reserva legal para establecer el sistema de reemplazos y las causas que los ocasionan, con la claridad de que mientras dicha regulación no se expida, la Constitución solo tiene previsto que además de la muerte y la incapacidad absoluta, el cargo de elección popular únicamente se pierde por la declaración de nulidad de la elección, la renuncia, la sanción disciplinaria consistente en destitución y la pérdida de investidura, nada de lo cual corresponde al asunto revisado.

En esa medida, la Sala considera que mientras que la Constitución Política o por lo menos el legislador estatutario no señalen expresamente que la expulsión del partido o movimiento político conlleva la pérdida de la curul, no es posible aplicar esa consecuencia solo por vía interpretativa, pues aún bajo la consideración de que las curules pertenecen a los partidos y no a los candidatos y de que lo contrario desnaturaliza el régimen de bancadas, no puede perderse de vista que en cualquier caso está de por medio el derecho fundamental a elegir y ser elegido y la voluntad de quienes con su voto permitieron la elección del respectivo congresista, diputado o concejal.

Advierte la Sala que si existen procedimientos especialmente regulados y rodeados de garantías para los casos en que según la Constitución hay lugar a la pérdida de la curul como consecuencia de una infracción (destitución derivada de una sanción disciplinaria o pérdida de investidura), sería debatible que ese mismo efecto se produjera, vía interpretación, en virtud de una decisión interna de los partidos y movimientos políticos, la cual, además, se enfrenta a un acto de elección válido que protege la situación particular y concreta de cada uno de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

Lo anterior ratifica que para que la expulsión del partido o movimiento político produzca la pérdida de la curul, es necesaria previamente una regulación constitucional o legal expresa que establezca esa consecuencia y que señale el procedimiento para su aplicación, en orden a garantizar la plena observancia del debido proceso y que la expulsión de las colectividades políticas no se convierta en un mecanismo de purga interna de las colectividades y de recomposición indebida de las corporaciones públicas de elección popular.

Se reitera que en todo caso la sanción de expulsión del partido o movimiento político no es inane por cuanto el congresista, diputado o concejal expulsado de su partido o movimiento político pierde la mayor parte de sus posibilidades de participación dentro de la

corporación, queda impedido para formar bancada y ejercer los derechos que esa condición le otorga, y deja de recibir los beneficios derivados de su pertenencia a un partido o movimiento político (financiación, acceso a medios de comunicación, apoyo de su colectividad, etc.).

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

“Primero: ¿Ejecutoriada la sanción de expulsión de un miembro de una corporación pública, por un partido determinado, puede el sancionado hacer parte inmediatamente de una bancada política diferente a aquella que lo inscribió como candidato y le impuso la sanción?”

No. La prohibición constitucional de doble militancia (artículo 107 C. P.) y el deber de permanecer vinculado al partido o movimiento político que avaló la elección mientras se ejerza la investidura (artículo 2º de la Ley 1475 de 2011), impiden que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular expulsados de sus partidos o movimientos políticos se vinculen a otras colectividades para terminar su periodo.

Segundo: ¿el miembro de corporación (congresista, diputado o concejal) sancionado con expulsión, puede permanecer en la curul e integrar otra bancada, o en su defecto, ejecutoriada la sanción, debe la mesa directiva de la Corporación, de la que hacía parte como congresista, diputado o concejal, proceder a llamar en lista a quien le sigue en orden descendente en votos en la lista de la que hace parte el sancionado?”

Tercero: ¿Cuándo se produce al interior de un partido o movimiento político, una sanción como la expulsión, prevista como sanción dentro de los estatutos de esa organización política, está en la obligación el Presidente o la Mesa Directiva de la respectiva corporación pública, de oficio o previa solicitud del partido o movimiento político que avaló la inscripción del miembro de la corporación sancionado, (sic) proceder a llamar a ocupar la curul que ostentaba el expulsado, al candidato no elegido que le sigue en el orden descendente?”

La Constitución Política y la ley no han previsto que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular pierdan su curul como consecuencia de la expulsión de su partido o movimiento político. Por tanto, por las razones expuestas en este concepto, ni el Presidente ni la Mesa Directiva de la respectiva corporación pública pueden llamar a ocupar el cargo a otra persona.

En todo caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 4º de la Ley 974 de 2005, las mesas directivas de las corporaciones públicas de elección popular deberán ser informadas de tales sanciones con el fin de que puedan hacerse efectivas las consecuencias de la expulsión del partido o movimiento político, en los términos expuestos en este concepto.

Cuarto: ¿En caso de que el Presidente o Mesa Directiva estén en la obligación de llamar a ocupar la curul al candidato no elegido que sigue en la lista, y no atiende la solicitud del partido o movimiento político, a qué sanciones pueden verse sometidos?”

Dada la respuesta a los interrogantes 2 y 3 no hay lugar a responder esta pregunta.

Remítase al señor Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

2. Aceptación de renuncia, elección y periodo del Defensor del Pueblo.

Radicado 2281

Fecha: 09/02/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 9 de agosto de 2016

El Ministro del Interior consulta sobre algunas situaciones generadas por la renuncia del doctor Jorge Armando Otálora al cargo de Defensor del Pueblo.

I. Antecedentes

Dice el Ministro que es de público conocimiento que el doctor Jorge Armando Otálora renunció al cargo de Defensor del Pueblo, dignidad a la que había sido elegido para el período constitucional 2012-2016.

Así las cosas, resalta la importancia de la Defensoría en materia de aplicación y protección de los derechos humanos y el protagonismo de la entidad en una deseada etapa de pos-conflicto y consolidación de la paz, razón por la cual y ante la situación extraordinaria de la renuncia, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. La renuncia presentada por el doctor Jorge Armando Otálora a su investidura como Defensor del Pueblo, ante la Cámara de Representantes, ¿solo puede ser aceptada por esta corporación en sesiones ordinarias?

2. ¿Podría la Cámara de Representantes aceptar dicha renuncia en sesiones extraordinarias, una vez previsto este asunto en el decreto de convocatoria a dichas sesiones, expedido por el Gobierno nacional?

3. La elección de un nuevo Defensor del Pueblo, ante la aceptación de la renuncia presentada por el doctor Otálora a su cargo, supone que la misma sería por un nuevo período constitucional de cuatro años o ¿esta solo lo sería por lo que resta del período actual?

4. De considerarse por parte de la H. Sala que quien sea elegido como Defensor del Pueblo, en virtud de la aceptación de la renuncia del doctor Jorge Armando Otálora, solo lo será por el resto del período, es decir, hasta el 31 de agosto de 2016, se pregunta: ¿Esta persona elegida quedaría incurso en la prohibición de reelección prevista en el artículo 2° del Acto Legislativo 02 de 2015?

5. De considerarse por parte de la H. Sala que quien sea elegido como Defensor del Pueblo, en virtud de la aceptación de la renuncia del doctor Jorge Armando Otálora, solo lo será por el resto del período, es decir, hasta el 31 de agosto de 2016, se pregunta: ¿Podría quedar encargado de dicho cargo el Vicedefensor del Pueblo hasta que este período actual culmine, en aras

de garantizar en este tipo de actuación los principios de economía y eficiencia, previstos en el numeral 12 del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011?

6. ¿En el caso en que no se realice la elección del nuevo Defensor para el tiempo restante de este período quien (sic) debe designar a la persona encargada?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala analizará los siguientes puntos: i) Convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso de la República, ii) Cargos de período. Carácter “institucional” u “objetivo” y “personal” o “individual”, iii) El período del Defensor del Pueblo, iv) El reemplazo en caso de renuncia y v) Defensor elegido para culminar el período: Prohibición de reelección.

A. Convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso de la República

Es una manifestación del denominado poder o control de agenda del Ejecutivo en relación con el Congreso, que consiste básicamente en la capacidad del Gobierno para activar los procesos en los parlamentos y limitar el rango de asuntos y proyectos aprobados por el Legislativo, en sesiones extraordinarias¹.

Para el efecto el Presidente cuenta con el poder de decreto mediante el cual puede establecer una agenda para el análisis del Congreso².

Es así que, respecto de las sesiones del Congreso de la República, la Constitución en el artículo 138 prevé:

“Artículo 138. El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio.

Si por cualquier causa no pudiere reunirse en las fechas indicadas, lo hará tan pronto como fuere posible, dentro de los períodos respectivos.

También se reunirá el Congreso en sesiones extraordinarias, por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que este señale.

En el curso de ellas solo podrá ocuparse en los asuntos que el Gobierno someta a su consideración, sin perjuicio de la función de control político que le es propia, la cual podrá ejercer en todo tiempo”

Por otra parte el artículo 85 de la Ley 5 de 1992, Reglamento del Congreso, sobre el particular establece:

1 García Montero, Mercedes, Pérez-Liñán Anibal y Santos Manoel. El control presidencial de la agenda legislativa en América Latina. Revista de Ciencia Política (Santiago) vol. 34n.° 3, 2014.

2 Mainwaring Scott y Shugart Matthew. Presidentialism and Democracy in Latin America. Cambridge University Press. 1997.

“Artículo 85. Clases de sesiones. Las sesiones de las Cámaras y sus Comisiones son públicas, con las limitaciones establecidas en el presente Reglamento.

Reglamentariamente se dividen en ordinarias, extraordinarias, especiales, permanentes y reservadas.

- Son sesiones ordinarias, las que se efectúan por derecho propio durante los días comprendidos entre el 20 de julio y el 16 de diciembre y el 16 de marzo al 20 de junio, gozando las Cámaras de la plenitud de atribuciones constitucionales;

- Son sesiones extraordinarias, las que son convocadas por el Presidente de la República, estando en receso constitucional el Congreso y para el ejercicio de atribuciones limitadas;

- Son sesiones especiales, las que por derecho propio convoca el Congreso, estando en receso, en virtud de los estados de excepción;

- Son sesiones permanentes, las que durante la última media hora de la sesión se decretan para continuar con el orden del día hasta finalizar el día, si fuere el caso; y

- Son sesiones reservadas, las contempladas en el artículo siguiente”.

En la Sentencia C-685 de 2011, la Corte Constitucional explica que la lectura de las dos disposiciones permite extraer los siguientes contenidos normativos:

“i. El Congreso podrá reunirse en sesiones realizadas en momentos que estén fuera del calendario legislativo ordinario.

ii. Para la reunión válida en sesiones extraordinarias debe mediar convocatoria del Gobierno.

iii. El Congreso podrá sesionar de forma extraordinaria únicamente durante el tiempo que determine el Gobierno.

iv. Las atribuciones que el Congreso ejerza en desarrollo de dichas sesiones son limitadas, pues se supeditan a la agenda determinada por el Gobierno, excepto en materia de control político, función que puede ejercer en cualquier tiempo”.

Entonces las sesiones extraordinarias –ha dicho la Corte– se efectúan no por la iniciativa y el impulso de los congresistas ni por derecho propio, sino por fuera del tiempo de las ordinarias, por la convocatoria que haga el Ejecutivo mediante decreto, y en tal evento el Congreso únicamente puede ocuparse en el estudio y decisión de aquellos asuntos que el Presidente señale en el respectivo decreto³.

En tal medida, en opinión de esta Sala, nada obsta para que el Gobierno nacional mediante decreto convoque a la Cámara de Representantes a sesiones extraordinarias e incluya entre

3 Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1997.

los temas por someter a consideración la renuncia presentada por el doctor Jorge Armando Otálora.

B. Cargos de periodo. Carácter “institucional” u “objetivo” y “personal” o “individual”

En este punto es menester remitirse a la doctrina de la Sala, particularmente al concepto 2180 del 27 de enero de 2014, en el que se dice:

“1. El artículo 125 de la Constitución Política dispone en lo pertinente:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. (...)”

“Parágrafo (adicionado por el artículo 6° del acto legislativo n.° 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”

De la primera parte de esta norma, cuya redacción corresponde al original de 1991, se desprenden varias consecuencias que resultan importantes para lo que se analiza en este concepto, a saber: (i) la regla general para el acceso al servicio público es la carrera administrativa; (ii) esta regla tiene algunas excepciones, como sucede con los trabajadores oficiales (que se vinculan mediante contrato de trabajo), los servidores escogidos en elección popular, los funcionarios de libre nombramiento y remoción y “los demás que determine la ley”, y (iii) aquellos servidores cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos mediante concurso público (en desarrollo de una carrera administrativa o no), lo cual permite inferir, a su vez, que uno de los principios que inspira la regulación constitucional sobre el ingreso al servicio público es el del mérito o “meritocracia”.

Por su parte el parágrafo de esta disposición, añadido mediante el artículo 6° del acto legislativo n.° 1 de 2003⁴, establece claramente que los periodos establecidos en la Constitución y en la ley para todos los cargos de elección⁵ tienen el carácter de institucionales, de lo cual se deriva, entre otras consecuencias, que quienes sean elegidos o “designados” para ocupar tales cargos, en reemplazo de su titular, por falta absoluta de este, lo deberán hacer (sic) por el resto del periodo para el cual fue elegido. (...)

En relación con los cargos de periodo o, como los llama la ley, “de periodo fijo”, la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala han distinguido, de vieja data, entre “periodo personal, individual o subjetivo” y “periodo institucional u objetivo”, de lo cual se derivan algunas con-

4 “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”.

5 Nótese que la Constitución no distingue allí entre elección popular y elección por parte de órganos o cuerpos colegiados.

secuencias importantes, no solo en la manera de contabilizar el respectivo término, especialmente cuando el titular del cargo falte en forma absoluta (por muerte, incapacidad, renuncia o destitución, entre otras) y haya lugar a reemplazarlo, sino también para determinar la forma y el momento de empezar a ejercer el cargo y de retirarse del mismo.

A este respecto se ha entendido que periodo “institucional u objetivo” es aquel que, además de tener una duración fija (en meses, años o en cualquier otra unidad de tiempo), tiene establecidas sus fechas de inicio y finalización, ya sea porque tales fechas estén indicadas de manera determinada y expresa en una norma constitucional o legal, o bien porque sean determinables, a partir de lo previsto en disposiciones de la misma índole.

En cambio se considera como periodo “personal o subjetivo” aquel cuyas fechas de inicio y terminación no han sido definidas en la Constitución o en la ley, y tampoco resultan determinables, de tal manera que la fecha de finalización del periodo de cada servidor público que ocupa uno de estos cargos está dada por la fecha en la que dicha persona toma posesión de su empleo.

En relación con este tema la Sala dijo en el concepto n.º 1173 de 1999⁶:

“... El período institucional requiere dos supuestos básicos que permiten identificarlo como tal; ellos son: el término de duración y la fecha de iniciación; en el período individual se señala su duración, no tiene fecha de iniciación y comienza siempre al tomar posesión la persona que entra a ejercer el cargo”.

Sobre el mismo punto la Sala explicó lo siguiente en el concepto n.º 2085 de 2011⁷:

“La identificación como institucional del período que la Constitución y la ley señalen para el ejercicio de un cargo o empleo público permite conocer de manera precisa las fechas de inicio y de terminación del mismo, teniendo en cuenta que hay períodos para los cuales aquella se encuentra expresamente fijada en la normatividad y, a partir de ella, cuenta el tiempo que lo conforma; pero que en distintas situaciones, el inicio está determinado por la fecha de la toma de posesión del cargo, y es esta la que a su vez identifica la fecha de terminación.

“Valga agregar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-822-048, definió la expresión “período”, como “el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública”. Y, por supuesto, que su inicio y su final son claramente determinados o determinables, circunstancia que elimina discusiones de índole personal y da un orden al ejercicio de los empleos sujetos a período”.

Se precisa que el concepto en cita, cuando expresa que “en distintas situaciones, el inicio está determinado por la fecha de la toma de posesión del cargo, y es esta la que a su vez identifica la fecha de terminación”, se refiere a la fecha en la que la primera persona que fue elegida para un determinado cargo tomó posesión del mismo, lo cual determina, a su vez,

6 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto n.º 1173 del 18 de febrero de 1999.

7 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto n.º 2085 del 9 de diciembre de 2011.

8 “[2] Corte Constitucional, sentencia C-822-04 (31 de agosto), Ref. Exp. D-5068”.

la fecha en la que inicia el periodo de todos los demás funcionarios elegidos o llamados con posterioridad para ocupar el mismo cargo.

Por esta razón en el concepto n.º 2095 de 2012⁹ la Sala precisó:

“Como señaló esta Sala en el Concepto 2085 de 2011..., existen casos en que el inicio del periodo institucional está fijado en una norma jurídica y hay casos en que no es así, pero ello no impide su determinación para dar cumplimiento a la finalidad de dichos periodos... Precisamente, en este último escenario, cuando la fecha de inicio no está determinada por la ley, la Sala ha utilizado referentes históricos y fácticos, como la fecha de posesión de quien dio inicio al periodo institucional”. (Se resalta).

En el mismo concepto la Sala sintetizó los criterios de diferenciación entre los periodos institucionales y personales, así como las principales consecuencias jurídicas que se derivan de esta distinción, así:

“LAS CONSECUENCIAS DE QUE UN PERIODO SEA INSTITUCIONAL Y NO PERSONAL

“Sea lo primero señalar que en el caso de los cargos que tienen fijado un periodo institucional, el tiempo de inicio y de terminación de los mismos, es un elemento objetivo del respectivo empleo, que no se ve afectado por los elementos subjetivos o personales relacionados con el servidor público, como el nombramiento, la posesión, la renuncia, etc. Estos últimos acompañan al servidor que ocupa dichos cargos, pero no modifican el periodo institucional como elemento objetivo que es.

“Por ello, la Sala ha reiterado que la denominación de un periodo como institucional significa que existe certeza del momento en que el mismo empieza y termina¹⁰; implica también que el periodo es estable y perentorio de forma que no se extiende mas (sic) allá del plazo fijado para su finalización¹¹; y conlleva igualmente que a su vencimiento cesa la competencia del funcionario, por lo cual este deberá dejar el cargo¹².

“Igualmente se observa que el periodo institucional es fijo en el tiempo y que no se ve afectado por situaciones particulares del servidor público (renuncia, abandono, muerte, etc.); su inicio tampoco depende, se suspende o se desplaza en razón de situaciones coyunturales como la fecha de posesión, de designación, etc. Y tampoco vuelve a empezar por efectos de la declaratoria de nulidad de la elección de su titular¹³.

“En general, ninguna circunstancia tiene la entidad suficiente para desplazar los periodos institucionales y originar fechas distintas para el inicio y terminación de los mismos, pues ello, precisamente, acabaría con su carácter institucional y generaría multiplicidad de periodos atípicos en el tiempo, según las situaciones particulares de cada caso. Así, por ejemplo, si un congresista o un alcalde o un diputado o un concejal, toma posesión de su cargo después de ini-

9 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto n.º 2095 del 12 de marzo de 2012.

10 “[20] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1743 del 08 de junio de 2006...”

11 “[21] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1860 del 6 de diciembre de 2007...”

12 “[22] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2032 del 29 de octubre de 2010...”

13 “[23] Al respecto, la Sala indicó lo siguiente en su reciente Concepto 2085 de 2011(...”)

ciado su periodo, aún por fuerza mayor, en todo caso cesará en sus funciones cuando el periodo institucional termine. Del mismo modo si se produce su renuncia o se anula su elección, quien haya de reemplazarlo solo ocupará el cargo hasta que el respectivo periodo finalice. Esa es una consecuencia del carácter institucional de sus periodos.

“La Sala tampoco encuentra que los periodos institucionales deban moverse en el tiempo para garantizar que su titular tenga el goce efectivo del tiempo fijado para el periodo, pues en tal caso simplemente se estaría frente a periodos personales (...).”

(...) Cargos de elección. El periodo es institucional u objetivo

Hasta antes de expedirse el acto legislativo n.º 1 de 2003 la jurisprudencia y la doctrina acudían a diversos criterios de interpretación para determinar, en cada caso, si el periodo de un determinado servidor público era institucional o individual.

Ahora bien, desde la expedición del citado acto legislativo, que adicionó un párrafo al artículo 125 de la Constitución Política, la norma zanjó la controversia al establecer en forma clara, expresa y de modo general, que el periodo de los funcionarios elegidos es de carácter institucional u objetivo.

En efecto, el artículo 125, que forma parte del Capítulo II (“De la función pública”) del Título V (“De la organización del Estado”) de la Constitución Política, es del siguiente tenor:

*“Párrafo. Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de **institucionales**. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, **lo harán por el resto del periodo para el cual este fue elegido**.” (Se resalta).*

Sobre la génesis y la finalidad de esta norma constitucional la Sala explicó en el concepto n.º 1774 de 2006¹⁴:

*“(...) conforme al párrafo adicionado al artículo 125 de la Carta por el artículo 6º de la Reforma Política, “los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley **para cargos de elección tienen el carácter de institucionales**”¹⁵, precepto que despeja cualquier duda acerca de la naturaleza del empleo de Registrador Nacional.*

“En este mismo sentido, en el Concepto n.º 1.743 de 8 de junio de 2006¹⁶, la Sala precisó que el período de los miembros del Consejo Nacional Electoral es institucional, debido a que el artículo 125 de la Constitución, ‘...establece claramente ese carácter institucional, que no personal,

14 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto n.º 1774 del 26 de octubre de 2006.

15 “[5] Al revisar los antecedentes de esta norma se observa que tuvo origen en el Proyecto que dio lugar al Acto Legislativo 01 de 2003 (Proyecto de Acto Legislativo n.º 1 de 2002). La norma inicialmente propuesta le daba carácter institucional únicamente a los periodos de los cargos de elección en la Rama Ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, cuando se discutió la adición del párrafo al artículo 125 de la Carta Política, durante el debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en segunda vuelta, se propuso un pliego de modificaciones aprobado que corresponde al párrafo adicional vigente (Gaceta del Congreso Nos. 303 del 29 de julio de 2002, Senado de la República, pág. 2 y No. 271 del 11 de junio de 2003, Cámara de representantes, pág. 20)”.

16 “[6] M. P. Gustavo Aponte Santos”.

de los cargos de elección, con lo cual zanjó definitivamente, a partir de su vigencia el 3 de julio de 2003, la polémica jurisprudencial que se había presentado al respecto...¹⁷

“Así las cosas, la interpretación que debe darse al párrafo del artículo 125 de la Carta Política, adicionado por el artículo 6° del Acto Legislativo 01 de 2003, es que el Constituyente derivado erigió en institucionales todos los períodos de los cargos de elección; por lo tanto, solo se exceptúan de ese carácter los expresamente previstos en la Carta, como los individuales de ocho años de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado”. (Negrillas del original, subrayas añadidas).

En el mismo sentido la Sala manifestó en el referido concepto n.° 2085:

“En relación con los cargos de elección, originalmente la Constitución de 1991 no calificó su condición o carácter y, en consecuencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado osciló en las consideraciones y argumentos que permitían sostener indistintamente que los respectivos períodos eran personales o institucionales.”¹⁸

“Es decir, que producida la vacante definitiva antes de terminarse el respectivo período, la elección que correspondía hacer para proveerlo se entendió, en algunos casos, hecha para un nuevo período completo, con lo cual se le daba el carácter de personal; y en otros casos se consideró que la nueva elección era para concluir el respectivo período y, entonces, se definía como institucional.

“Esta inseguridad jurídica fue resuelta por el acto legislativo n.° 1 del 2003, artículo 6° (...)

“Del texto transcrito, destaca la Sala que la expresión “cargos de elección” es genérica y por lo tanto es comprensiva de los empleos de elección popular y de todos los demás empleos respecto de los cuales la facultad de nominación está radicada en un conjunto de voluntades, sea que integren un solo cuerpo colegiado o bien que correspondan a diferentes autoridades que confluyen en un proceso complejo de postulación y designación.

“Es importante anotar que el párrafo del artículo 6° del acto legislativo n.° 1 del 2003 coincide con la solución que en el mismo sentido dio el Código de Régimen Político y Municipal contenido en la ley 4ª de 1913 cuando en su artículo 290 dispuso: ‘Siempre que se haga una elección después de iniciado un período, se entiende hecha por el resto del período en curso...’” (Resalta la Sala).

Y en el concepto n.° 2095, antes citado, la Sala expresó:

“(...) debe tenerse en cuenta que, mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, el artículo 125 de la Constitución fue adicionado con un párrafo, que determinó el carácter de institucionales

17 “[7] Adicionalmente, con fundamento en los artículos 125, 265, 266 párrafo y 31 transitorio de la Carta Política, en armonía con el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, la Sala concluyó en el Concepto citado que “El periodo de los actuales Magistrados del Consejo Nacional Electoral va hasta el día primero (1º) de septiembre de dos mil seis (2006)”.

18 “[1] Sobre el debate jurisprudencial respecto de los periodos institucionales y personales puede consultarse el concepto 1546 de marzo 8 de 2004, emitido por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Augusto Trejos Jaramillo; y la sentencia IJ-712 de junio 9 de 1998, de la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación. V. Pedro Pablo Vanegas”.

de todos los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección...

“En relación con el citado artículo, esta Sala ha tenido oportunidad de indicar con base en los antecedentes de la reforma y un análisis sistemático de la Constitución, que la expresión “cargos de elección” es genérica y no se limita particularmente a los cargos de elección popular; comprende también, por tanto, salvo norma en contrario¹⁹, los cargos cuyo periodo está fijado en la Constitución y la ley, y cuya provisión se hace por sistema de elección de cuerpos colegiados o con la intervención de varias autoridades...” (Subraya la Sala).

*En síntesis, salvo las excepciones previstas taxativamente en la Carta Política, el periodo de los cargos de elección (popular o no) consagrados en la Constitución y en la ley, es de carácter **institucional u objetivo**, razón por la cual, entre otros efectos, quienes sean elegidos o llamados para reemplazar a quienes los ejercían originalmente y llegaren a faltar en forma absoluta (por renuncia, destitución, muerte, etc.), solamente pueden ocupar dichos cargos por el tiempo que falte para completar el periodo de aquellos.*

*De lo expuesto se colige que, en el caso de los servidores públicos que **no son elegidos**, su periodo (si se trata de funcionarios de periodo) es “personal o subjetivo”, por regla general, a menos que la Constitución o la ley le otorguen expresamente el calificativo de “institucional” u “objetivo”, o que pueda deducirse inequívocamente dicho carácter a partir del estudio de las normas pertinentes”.*

En adición a lo dicho en el concepto transcrito, la Sala se permite precisar que ni los períodos personales ni los institucionales pueden ser alterados por situaciones personales de quienes desempeñan el cargo, valga decir suspensiones, licencias, permisos, vacaciones, etc.

También anota la Sala que el Acto Legislativo 02 de 2015 no modificó la naturaleza personal de los períodos de los magistrados de las cortes, lo que es realmente una excepción a que los períodos de los cargos de elección son institucionales.

C. El período del Defensor del Pueblo

Dado que el cargo de Defensor del Pueblo es de elección, según se desprende del artículo 178 de la Constitución Política, y de los artículos 6, 305, 306 y 307 de la Ley 5 de 1992, su período es institucional como la ha explicado la Sala. En efecto, la normativa enunciada en lo pertinente dispone:

Constitución Política:

“Artículo 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:
1. Elegir al Defensor del Pueblo. (...)”

Ley 5 de 1992:

¹⁹ “[2] Por ejemplo, los artículos 233 y 239 en relación con el carácter personal del periodo de los Magistrados de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia”.

“Artículo 6°. Clases de funciones del Congreso. El Congreso de la República cumple: (...) 5. Función electoral, para elegir Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Constitucional y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Defensor del Pueblo, Vicepresidente de la República, cuando hay falta absoluta, y Designado a la Presidencia en el período 1992 -1994. (...)”

“Artículo 305. Atribuciones especiales. La Cámara de Representantes tiene como atribuciones especiales las siguientes: 1. Elegir al Defensor del Pueblo”.

“Artículo 306. Elección El Defensor del Pueblo, quien forma parte del Ministerio Público, ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Su elección corresponde a la Cámara de Representantes de terna elaborada por el Presidente de la República.

Artículo 307. Período. El Defensor del Pueblo es elegido para un período de cuatro (4) años, contado a partir del primero (1°) de septiembre de 1992”.

Aunado a lo anterior, la comparación del original artículo 281 Superior²⁰, y el actualmente vigente adoptado en el Acto Legislativo 02 de 2015, no deja duda sobre la naturaleza institucional de su período:

*“Artículo 281. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma. Será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo **institucional** de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República”. (Resalta la Sala)*

D. El reemplazo en caso de renuncia

El decreto ley 025 de 2014 “Por el cual se modifica la estructura orgánica y se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo” contiene previsiones expresas, como se lee a continuación:

“Artículo 12: Despacho del Vicedefensor del Pueblo: Son funciones del Despacho del Vicedefensor, las siguientes:

4. Reemplazar al Defensor del Pueblo en sus ausencias temporales o definitivas. En las ausencias temporales no se requerirá de designación especial, si se trata de ausencia definitiva, incluido el vencimiento del período, ejercerá el cargo hasta cuando la Cámara de Representantes elija uno en propiedad, según el procedimiento establecido en la Constitución Política y este tome posesión del mismo”.

Así las cosas, es claro que en las circunstancias de la consulta el Presidente de la República puede conformar la terna de candidatos a la Defensoría como lo prevé el artículo 281 de la Carta, para que la H Cámara de Representantes proceda a la respectiva elección. En este caso la designación será en propiedad y por el resto del período que vence el 31 de agosto del año que transcurre, como se anotó en acápites anteriores, se trata de un período institucional.

²⁰ artículo 281. El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.

Ahora bien, si por cualquier motivo no se produjere la elección en propiedad para antes del 31 de agosto del año en curso, el Vicedefensor del Pueblo ejercerá el cargo hasta dicha fecha, y continuará ejerciéndolo hasta la fecha en que tome posesión un nuevo Defensor elegido de acuerdo con el mecanismo diseñado por la Constitución, para el período institucional cuya fecha de iniciación prevista es el día 1 de septiembre de 2016.

E. Defensor elegido para culminar el período: Prohibición de reelección

El Acto Legislativo 02 de 2015 tuvo dentro de sus principales motivaciones eliminar la reelección en altos cargos del Estado, como se aprecia durante el trámite del proyecto que le dio origen. En la exposición de motivos consta que:

“Se establece que en todos los cargos públicos sujetos a período fijo, quienes resulten elegidos o designados no podrán ser reelegidos para el período siguiente, con excepción de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular y en aquellos casos donde la Constitución señale un régimen distinto”²¹

Durante el debate aparece:

“En definitiva, el Acto Legislativo número 02 de 2004 al implementar la reelección presidencial en Colombia, rompió la consecutividad de los períodos en los organismos de control y en diferentes instituciones del Estado, tales como la Fiscalía, las plazas de la Junta Directiva del Banco de la República, los magistrados de distintas corporaciones, en fin, la Constitución de 1991 tuvo un diseño sustentado en los controles mutuos y periódicos, por lo tanto, la inclusión de una figura ajena a sistema, desembocó en la preponderancia inusitada del ejecutivo en las diferentes instituciones del Estado.

Por eso, en primera medida, el Proyecto de Acto Legislativo pretende la prohibición de la reelección presidencial y teniendo en cuenta, que este fenómeno de desconfianza se ha replicado en otros altos cargos del Estado, la extiende, para casos como la de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, el Registrador, el Contralor, en general los altos cargos del Estado.

Consideramos que este cambio permitirá el fortalecimiento de las instituciones y sin duda contribuirá con la democracia y alternancia en los cargos del Estado”²²

Finalmente, el proceso parlamentario culminó con la aprobación del artículo 2° de la ya señalada reforma constitucional, cuyo tenor es el que sigue:

“Artículo 2°. El artículo 126 de la Constitución Política quedará así: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

21 Congreso de la República. Gaceta 458 de 2014

22 Congreso de la República. Gaceta 138 de 2015

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera. Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil". (Resalta la Sala).

En virtud de lo anterior, se concluye que, si la Cámara de Representantes elige un nuevo Defensor en propiedad así sea para el breve tiempo que resta para cumplirse el período del funcionario que renunció, quien ejerza el cargo se encontrará incurso en la prohibición prevista en el inciso quinto del artículo 126 de la Constitución ya transcrito.

LA SALA RESPONDE:

1. La renuncia presentada por el doctor Jorge Armando Otálora a su investidura como Defensor del Pueblo, ante la Cámara de Representantes, ¿solo puede ser aceptada por esta corporación en sesiones ordinarias?

2. ¿Podría la Cámara de Representantes aceptar dicha renuncia en sesiones extraordinarias, una vez previsto este asunto en el decreto de convocatoria a dichas sesiones, expedido por el Gobierno nacional?

Por su unidad temática se responden en conjunto las preguntas 1 y 2.

La aceptación de la renuncia presentada por el doctor Jorge Armando Otálora al cargo de Defensor del Pueblo procede tanto en sesiones ordinarias como en extraordinarias, en este último caso si se prevé el asunto en el decreto de convocatoria.

3. ¿La elección de un nuevo Defensor del Pueblo, ante la aceptación de la renuncia presentada por el doctor Otálora a su cargo, supone que la misma sería por un nuevo período constitucional de cuatro años o esta solo lo sería por lo que resta del período actual?

La elección de un nuevo Defensor por parte de la H. Cámara de Representantes deberá entenderse para lo que resta del período que inició el Dr. Otálora, esto es hasta el 31 de agosto de 2016.

4. De considerarse por parte de la H. Sala que quien sea elegido como Defensor del Pueblo, en virtud de la aceptación de la renuncia del doctor Jorge Armando Otálora, solo lo será por el resto del período, es decir, hasta el 31 de agosto de 2016, se pregunta: ¿Esta persona elegida quedaría incurso en la prohibición de reelección prevista en el artículo 2° del Acto Legislativo 02 de 2015?

La persona que sea elegida por la Cámara como Defensor del Pueblo para reemplazar al doctor Otálora así sea por lo que queda del período, quedaría incurso en la prohibición de reelección prevista en el artículo 2° del Acto Legislativo 02 de 2015.

5. De considerarse por parte de la H. Sala que quien sea elegido como Defensor del Pueblo, en virtud de la aceptación de la renuncia del doctor Jorge Armando Otálora, solo lo será por el resto del período, es decir, hasta el 31 de agosto de 2016, se pregunta: ¿Podría quedar encargado de dicho cargo el Vicedefensor del Pueblo hasta que este período actual culmine, en aras de garantizar en este tipo de actuación los principios de economía y eficiencia, previstos en el numeral 12 del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011?

En caso de ausencia definitiva del Defensor, el Vicedefensor del Pueblo lo reemplazará y ejercerá el cargo hasta cuando la Cámara de Representantes elija uno en propiedad y este tome posesión del cargo, como expresamente lo prescribe el decreto ley 025 de 2014.

6. ¿En el caso en que no se realice la elección del nuevo Defensor para el tiempo restante de este período quien (sic) debe designar a la persona encargada?

No es necesario efectuar una designación especial, puesto que el Vicedefensor por ministerio de la ley (decreto ley 025 de 2014, artículo 12, numeral 4) debe asumir las funciones de Defensor del Pueblo en calidad de encargado, hasta cuando la Cámara de Representantes elija uno en propiedad y este tome posesión del cargo.

Remítase al Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

3. Posibilidad de elegir Personero de Bogotá a quien ha ocupado el cargo de Contralor Distrital en el periodo inmediatamente anterior. Reelección de personeros.

Radicado 2282

Fecha: 22/02/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 25 de agosto de 2016

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que el Contralor Distrital, una vez venza su periodo en el cargo, sea elegido inmediatamente Personero de Bogotá. Asimismo consulta sobre la posibilidad de que los personeros puedan aspirar a su reelección.

I. Antecedentes

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

1. De conformidad con el artículo 322 de la Constitución Política, el Distrito Capital de Bogotá se encuentra sujeto a un régimen especial, actualmente contenido en el Decreto 1421 de 1993.

2. El artículo 97 del Decreto 1421 de 1993 establece las inhabilidades para ocupar el cargo de Personero Distrital, dentro de las que se encuentra la relativa a haber ocupado cargo “*en la administración central o descentralizada del Distrito*”, durante el año anterior a la elección. Indica el organismo consultante que el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de marzo de 2005 señaló que la Personería Distrital no forma parte del sector central o descentralizado del distrito capital, pues “*sería impensable un organismo de control que dependiera administrativa y funcionalmente del ente controlado*”.

3. Desde el punto de vista de lo señalado por el Consejo de Estado en la anterior sentencia no parecería entonces que el actual Contralor de Bogotá estuviera inhabilitado para ser elegido personero distrital; sin embargo, dice la consulta, la duda persiste porque la Ley 617 de 2000 señala que las incompatibilidades de los contralores y personeros se extienden por un año al vencimiento de su respectivo periodo.

4. De otra parte, el organismo consultante manifiesta su inquietud sobre si la reelección de los personeros estaría prohibida en virtud de las incompatibilidades que acompañan a dichos funcionarios durante el año siguiente al vencimiento de su periodo según lo establecido en el artículo 51 de la Ley 617 de 2000. Resalta la consulta que el Acto Legislativo 2 de 2015 solo prohibió la reelección de altos cargos del Estado del nivel nacional, pero “*nada se dispuso sobre la reelección de personeros*”.

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

“1. Teniendo en cuenta el marco normativo señalado, el Contralor Distrital de Bogotá, quien culmina su periodo institucional el 14 de febrero de 2016, ¿podría estar o no, incurso en una

inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para ser elegido personero distrital para el periodo 2015-2020?

2. Teniendo en cuenta que el Acto Legislativo n.º 2 de 2015 no reguló expresamente inhabilidad alguna y el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 extendió la vigencia para que los personeros municipales y distritales no puedan ser reelegidos; ¿Se debe entender que hay o no impedimento constitucional ni legal para que un personero aspire a su reelección?

3. De considerarse viable la reelección ¿Podría el aspirante inscribirse en el mismo municipio donde actúa y/o actuó como personero, para el periodo siguiente?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. Identificación de los problemas jurídicos que plantea la consulta

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la presente consulta plantea dos problemas jurídicos. El primero tiene relación con la posibilidad de que el actual Contralor Distrital de Bogotá, quien culmina su periodo el 14 de febrero de 2016, pueda aspirar de manera inmediata al cargo de Personero Distrital para el periodo 2016-2020 (pregunta 1).

El segundo asunto, no circunscrito de manera particular al régimen especial de Bogotá, se refiere a la reelección de los personeros, en el sentido de si esa posibilidad se ve limitada por el artículo 51 de la Ley 617 de 2000, según el cual los personeros y contralores mantienen sus incompatibilidades durante los 12 meses siguientes a la dejación del cargo.

La solución del primer interrogante se abordará desde una doble perspectiva: (i) la de las inhabilidades para ser personero distrital y (ii) la de las incompatibilidades que acompañan a quien ha sido contralor distrital. Por su parte, para resolver el segundo problema se analizará el alcance del artículo 51 de la Ley 617 de 2000 frente al silencio del legislador en materia de reelección de personeros.

2. Imposibilidad de que el Contralor Distrital de Bogotá sea elegido Personero Distrital de manera inmediata al vencimiento de su periodo

Como indica el organismo consultante, las inhabilidades para ser personero Distrital de Bogotá se encuentran establecidas en el artículo 97 del Decreto 1421 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 1031 de 2006, que señala:

“Artículo 97. Elección, inhabilidades. El Personero Distrital será elegido por el Concejo durante el primer mes de sesiones ordinarias, para un período institucional de cuatro (4) años, que se iniciará el primero de marzo y concluirá el último día de febrero. Podrá ser reelegido, por una sola vez, para el período siguiente.

No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estarán igualmente inhabilitados quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos

políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones”.

En el caso particular analizado la inhabilidad que podría generar alguna controversia es la que se refiere a la imposibilidad de elegir personero a quien durante el año anterior haya ocupado *“cargo público en la administración central o descentralizada del distrito”* (primera parte del segundo inciso). Frente a esta inhabilidad el organismo consultante cita la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 17 de marzo de 2005, en la cual se señaló que la Personería Distrital no forma parte del sector central o descentralizado del distrito capital, pues *“sería impensable un organismo de control que dependiera administrativa y funcionalmente del ente controlado”*¹.

Cabe indicar que a esa misma conclusión llegó esta Sala en Conceptos 1788 de 2006 y 1864 de 2007, en los cuales se refirió a la no pertenencia de los órganos de control al sector central o descentralizado de la Administración. En el primero de tales conceptos indicó:

“De este texto, al igual que del artículo 97 original del Estatuto de Bogotá, se evidencia que el vínculo laboral con la entidad territorial, solo es causal de inhabilidad para quien aspire a ser elegido personero de la misma, si corresponde a un cargo público de la administración central o descentralizada. La clara diferenciación entre los organismos y entidades administrativas que conforman los sectores central y descentralizado por servicios, y sus órganos de control, introducida por la Constitución de 1991, sustenta la disposición del legislador en el sentido de estructurar como causal de inhabilidad la vinculación laboral que el aspirante a personero tenga con la administración a la que tendría que controlar, y a la vez haría irrazonable la misma exigencia tratándose de servidores vinculados con el mismo organismo de control. Aplicando lo expuesto a la pregunta formulada a la Sala en la que se averigua si, conforme a la norma referida, un funcionario de la Personería mientras esté en su cargo está inhabilitado para ser elegido personero, se encuentra que al no ejercer cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito, no le es aplicable la prohibición del artículo 2° de la ley 1031 de 2006”.(Se resalta).

Apoyado en este mismo razonamiento se deduciría entonces que como la Contraloría Distrital tampoco pertenece al sector central o descentralizado de la administración –en cuanto órgano de control dotado de autonomía presupuestal y administrativa según el artículo 272 C. P.–, no habría inhabilidad para ser Personero Distrital por el hecho de haber ocupado el cargo de Contralor Distrital en el año inmediatamente anterior.

1 Ver también Sentencia C-405 de 1998: “...Si bien el personero y los contralores mantienen relaciones con el concejo, en todo caso son organismos de control que gozan de autonomía orgánica y financiera, y tienen una garantía institucional sobre su independencia, a fin de que puedan cumplir adecuadamente sus funciones. Esto significa que en sentido estricto estos órganos no hacen parte de la administración municipal, que es el aparato sobre el cual los concejos ejercen su control político, así como el Congreso ejerce control sobre el gobierno y la administración”... A su vez se ha considerado que las personerías tampoco forman parte de la estructura del Ministerio Público (Sentencia C-223 de 1995, ratificada en Sentencia C-1067 de 2001).

2 Con base en estas consideraciones la Sala concluyó que no estaban inhabilitados para ser elegidos personeros los funcionarios de la propia personería (Concepto 1788 de 2006), así como tampoco los delegados del Ministerio Público con sede en Bogotá (Concepto 1864 de 2007).

Sin perjuicio de estas consideraciones y de un análisis futuro sobre el alcance de la reciente reforma constitucional de equilibrio de poderes –que busca evitar conflictos de intereses en el nombramiento de funcionarios en ejercicio o que apenas hacen dejación de su cargo–, la Sala observa que el asunto consultado no solo debe ser analizado desde la perspectiva de las inhabilidades del cargo a ocupar (como se plantea por el organismo consultante), sino también desde el punto de vista de las incompatibilidades y prohibiciones que acompañan el cargo que se deja, en este caso el de Contralor Distrital.

En efecto, cuando quien aspira a un determinado cargo público es un particular es posible que sea suficiente revisar las inhabilidades del respectivo empleo para determinar si la persona puede ocuparlo o no. Pero si el aspirante es una persona que a su vez viene de otro cargo público es necesario examinar también si ese empleo del que hace dejación trae consigo alguna restricción o incompatibilidad que se extienda en el tiempo. Se trata pues, como se ha dicho, de un análisis de doble vía.

En este orden, visto el asunto consultado desde el punto de vista del cargo que venía ocupando quien aspira a ser personero distrital, la Sala llama la atención sobre la prohibición contenida en el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política para quienes han ejercido los cargos de contralor departamental, distrital o municipal:

*“Artículo 272 (...) Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, **no podrá desempeñar empleo oficial alguno** en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular **sino un año después de haber cesado en sus funciones**”.* (Se resalta).

Como se puede observar esta prohibición es clara y tajante: quien haya sido contralor no puede desempeñar *empleo oficial alguno* en el respectivo departamento, distrito o municipio dentro del año siguiente a la dejación del cargo.

Nótese que la prohibición constitucional tiene un límite territorial (no se aplicaría para otro municipio, distrito o departamento) y uno temporal (dentro del año siguiente), pero no excluye funcionalmente ningún tipo de empleo, así como tampoco a ninguna entidad u organismo del territorio donde se ha sido contralor. Por tanto, la norma constitucional no admite la discusión planteada anteriormente a partir del artículo 97 del Decreto 1421 de 1993, sobre si el empleo que se va a ocupar es o no en una entidad central o descentralizada del respectivo territorio.

Además el artículo 272 de la Constitución, en cuanto define los elementos esenciales del control fiscal en el ámbito local, se aplica en su integridad a todas las contralorías territoriales (departamentales, distritales y municipales), incluido el Distrito Capital de Bogotá, respecto del cual no habría ninguna razón constitucional para considerarlo excluido.

Como señaló la Sala en Concepto 2251 de 2015, con base a su vez en la Sentencia C-410 de 2010, en este tipo de situaciones la restricción no surge desde la perspectiva del régimen de inhabilidades del cargo a ocupar, sino por la configuración de una causal objetiva de inelegibilidad que le impide a una determinada persona aspirar en un momento dado a un cargo público:

“El aparte pertinente del artículo 303 C. P. transcrito, establece de manera expresa la imposibilidad jurídica para quien previamente haya desempeñado un mandato electoral -Gobernador de Departamento-, de concurrir para el periodo siguiente a un nuevo debate electoral para el mismo cargo. Ciertamente, se está en presencia de una causal objetiva de inelegibilidad en una de sus manifestaciones más concretas como es la exclusión del derecho al sufragio pasivo, criterio que fue sostenido por la Corte Constitucional en sentencia C-410 de 2010, en la que señaló lo siguiente:

‘La imposibilidad jurídica de concurrir al debate electoral, en calidad de aspirante a ocupar un cargo público, obedece a una decisión incorporada en la Constitución y, tratándose de una opción decidida en atención a situaciones objetivas ponderadas por el Constituyente, no cabe sostener que al sujeto imposibilitado para candidatizarse se le haya limitado un derecho, pues, sencillamente, el derecho a postularse de nuevo no surge a la vida jurídica y, en consecuencia, la posición de quien desea presentar su nombre a otra justa electoral carece de respaldo constitucional, porque, habiéndolo decidido el Constituyente, así aparece establecido en la Constitución.

La inelegibilidad, entonces, comporta una exclusión del derecho al sufragio pasivo impuesta a ciertos individuos y solo afecta a quienes se encuentran en las circunstancias constitucionalmente contempladas que dan lugar a esa situación, mas no al resto de los ciudadanos que, hallándose fuera del supuesto previsto, tienen a su alcance, en los términos del artículo 40 de la Carta de 1991, el derecho a ‘elegir y ser elegidos.’

*(...) La irreelegibilidad impide una elección adicional de la persona que ha ejercido el cargo y, en cuanto **prima del derecho al sufragio pasivo**, es una de las especies de **inelegibilidad**...’ (Resalta la Sala)*

Con base en lo anterior, la Sala estima que la inelegibilidad prevista en el artículo 303 C.P., proviene del previo ejercicio del cargo de Gobernador de Departamento, lo que le impide que pueda ser candidato y buscar inmediatamente otro mandato electoral para volver a ejercer como gobernador en el período siguiente, en virtud de la exclusión del derecho al sufragio pasivo prevista directamente en esa norma constitucional³.”

En el asunto sometido a revisión de la Sala la causal objetiva de inelegibilidad no proviene entonces de las inhabilidades para ser personero (artículo 97 del Decreto 1421 de 1993), sino directamente del hecho de haber ocupado en propiedad el cargo de Contralor Distrital (artículo 272 C. P.).

En consecuencia, la Sala considera que el actual Contralor Distrital de Bogotá no puede ser elegido inmediatamente Personero Distrital de Bogotá en virtud de la prohibición que trae el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política. Conforme a esta disposición constitucional el Contralor Distrital solo podría aspirar al cargo de Personero Distrital un año después de haber dejado su cargo y, claro está, sujetándose al concurso público de méritos que ordena la ley.

³ La tesis de la inelegibilidad en su expresión de exclusión del derecho al sufragio pasivo fue reiterada recientemente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-406 de 2013.

3. Reelección de personeros: los interesados deben someterse a concurso público de méritos

Como se mencionó inicialmente, el segundo problema que plantea la consulta, no circunscrito de manera particular al régimen especial de Bogotá, se refiere a la posibilidad de reelección de los personeros, en el sentido de si la misma se ve limitada por el artículo 51 de la Ley 617 de 2000, según el cual los personeros y contralores mantienen sus incompatibilidades durante los 12 meses siguientes a la dejación del cargo. Previamente a hacer el análisis que propone el organismo consultante a partir de la Ley 617 de 2000, es necesario revisar la evolución que ha tenido la figura de la reelección de los personeros, no sin antes advertir también sobre la asimetría normativa que existe en la regulación de los órganos de control (personerías y contralorías), lo que en casos como el analizado arroja respuestas diferentes frente a hipótesis que podrían resultar parecidas o similares.

Inicialmente la Ley 136 de 1994 en su redacción original prohibió expresamente la reelección de personeros de la siguiente manera:

“Artículo 172. Falta absoluta del personero. En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante. En ningún caso habrá reelección de los personeros”. (Se resalta).

El aparte resaltado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-267 de 1995, en la que se consideró que: (i) la regla general en la Constitución es la posibilidad de elegir y ser elegido; (ii) la prohibición de reelección en cuanto restringe los derechos políticos, es excepcional y requiere una norma constitucional o legal expresa; y (iii) la ley que adopte la prohibición de reelección debe ser lo suficientemente necesaria y razonable para imponer un límite de esa naturaleza a los derechos de participación ciudadana⁴. Con base en lo anterior, la Corte sentenció que la norma demandada resultaba inexecutable al cobijar no solo a los personeros en ejercicio, sino también a quienes en el pasado habían ejercido el cargo y no ya tenían ninguna posibilidad de afectar la transparencia de su nueva elección. Dijo la Corte Constitucional en esa oportunidad:

“6. Desde el punto de vista de la razonabilidad, en primer término, debe reiterarse que los motivos que justifican la prohibición constitucional de la reelección, no son predicables del personero dada la diversa naturaleza del cargo y de las funciones que se le asignan.

El legislador normalmente establece requisitos que deben cumplir los aspirantes a una posición pública y cuya exigencia se determina en función del mérito y de las calidades intelectuales de las personas. Si el candidato ha sido personero, esta circunstancia, aisladamente considerada, no puede repercutir en detrimento de sus aptitudes ni es capaz de anularlas. Por el contrario, la experiencia acumulada debería contar como factor positivo.

⁴ “La prohibición de la reelección se presenta como una técnica de control del poder que, excepcionalmente, la Constitución contempla respecto de ciertos cargos públicos ubicados en el vértice de algunos órganos de las ramas del poder público y que se explica, en cada caso, por las especiales funciones que se les adscribe y la trascendencia política o jurídica asociada a los mismos. Se advierte acerca de la excepcionalidad, pues, la regla general en una democracia participativa como es la Colombiana, postula la condición de ciudadano en ejercicio como requisito suficiente para intervenir en la conformación, desempeño y control del poder político y, en consecuencia, elegir y ser elegido (C. P. art. 40)”. (Sentencia C-267 de 1995).

La prohibición de la no reelección no podrá fundarse en un criterio de moralidad. Si se impide la reelección, es simplemente por el hecho de que la persona alguna vez fue electa para el mismo cargo, no porque haya sido inmoral o se ponga en tela de juicio su honorabilidad o probidad.

Tampoco a la prohibición la anima el propósito de auspiciar la eficiencia o el buen servicio. La tacha al aspirante que ha ocupado el cargo, no trasciende a la concreta evaluación de su desempeño pasado.

El temor de que el candidato utilice en su favor los instrumentos de poder que, en razón de sus funciones, tenga a su disposición, justificaría plenamente la prohibición. Sin embargo, en este caso, no podría ser ella absoluta. En efecto, la prohibición no puede cobijar a las personas que en la actualidad no son titulares del cargo y que, sin haber incurrido en causal de mala conducta o infringido la ley penal o disciplinaria, hayan cesado en el ejercicio del mismo en un momento del pasado que no permita, respecto de la época en que se realicen las elecciones, presumir que todavía conservan capacidad real de influjo sobre las instancias del poder. Puede darse el caso, inclusive, de una persona elegida, que por grave enfermedad se haya visto en la necesidad de retirarse del cargo, sin haber tenido oportunidad de desempeñarlo materialmente. Es aventurado pensar que esta persona, por esa fortuita circunstancia, detenta poder para influir de manera determinante en su propia elección.

(...) En definitiva, no es objeto de glosa el que el Legislador establezca restricciones para la elección de personeros, salvo que ellas sean injustificadas e irrazonables. Lo que en verdad merece censura, desde el punto de vista constitucional, es que aquellas resulten desproporcionadas a la luz de la finalidad que se ha tenido presente para imponerlas. En el caso examinado, el fin perseguido –igualdad de condiciones entre los candidatos para el cargo de personero–, podía alcanzarse sin necesidad de excluir a las personas que hubieren ejercido dicho cargo en el pasado y respecto de las cuales no pudiese presumirse capacidad alguna de influir sobre su propia designación. La prohibición absoluta, en cambio, consigue el objetivo trazado, pero a costa de violar los artículos constitucionales citados⁵⁵.

Con base en esta decisión de inconstitucionalidad, la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló a su vez que al haber desaparecido la prohibición legal de reelección de personeros y al existir un derecho general a elegir y ser elegido, debía concluirse que no había ninguna restricción para que una persona aspirara por más de una vez a ese cargo:

*“Se desprende de la parte resolutoria de la sentencia de la Corte Constitucional, que la expresión “en ningún caso habrá reelección de los personeros”, desapareció del mundo jurídico por ser totalmente contraria a la Constitución Política de Colombia. Eso quiere decir, como indica el fallo, que, **mientras el legislador no expida una ley que prohíba la reelección de los personeros, por el tiempo que considere necesario, la restricción no existe.** En otros términos, en la actualidad la reelección de los personeros puede ser ilimitada en el tiempo... Sin embargo, entendido que la reelección, tanto en la Constitución, como en la ley, es tema regulado en for-*

⁵⁵ En el mismo sentido Sentencia C-1044 de 2000: “Si se tiene en cuenta que la reelección de los funcionarios públicos per se no riñe con los principios rectores de la democracia participativa, ni con el paradigma del Estado social de derecho, y que ella, en principio, opera solo en aquellos casos en que expresamente no ha sido prohibida por la Constitución, como mecanismo de control en el ejercicio del poder, se debe concluir que cuando proviene de una decisión legislativa, se trata de un mecanismo restrictivo de carácter excepcional (...).”

ma separada de las demás prohibiciones, así los casos de los gobernadores, de los alcaldes, y de los contralores departamentales, municipales y distritales y lo era en el de los Personeros, según la frase declarada inexecutable que reposaba en el artículo 172 de la ley 136/94 sobre faltas absolutas de los mismos, y, habida cuenta, también, de los efectos erga omnes de la parte resolutive del fallo de la Corte Constitucional, no tiene la Sala la más mínima duda acerca de dos situaciones. La primera hace referencia al carácter especialísimo de las restricciones a la reelección y la segunda .a que desapareció para el personero, sin condición alguna, del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, sostener el criterio de que la erradicación total e incondicional de la prohibición de reelegir personeros, no constituye un vacío, pues lo llenan de inmediato las disposiciones generales aplicables por el ejercicio de cualquier clase de empleo público, conduce a olvidar que de tales casos está excluido el del personero, por ser de rango muy especial la reelección, según se vio; y, por otra parte, tal criterio entrañaría en el fondo, desconocimiento del artículo 243 de la Carta que no admite revivir el contenido material de una disposición declarada inexecutable... ”⁶. (Se resalta).

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 1031 de 2006 modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, y no solo no prohibió la reelección de personeros, sino que la permitió expresamente, aunque por una sola vez, así:

“Artículo 1º. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

*Artículo 170. A partir de 2008 los concejos municipales o distritales según el caso, para períodos institucionales de cuatro (4) años, elegirán personeros municipales o distritales, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero del año siguiente a la elección del correspondiente concejo. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero (1º) de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero. **Podrán ser reelegidos, por una sola vez, para el período siguiente (...)**”*

De este modo la ley aclaraba cualquier duda sobre la posibilidad de reelección de los personeros, aunque con la restricción de que solo se permitía por una vez⁷. Sin embargo, el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 modifica nuevamente el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, sin que en la nueva redacción de la norma aparezca alguna mención al tema de la reelección de los personeros⁸:

“Artículo 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así: Artículo 170. Elección. Los concejos municipales según el caso, elegirán personeros para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero en que inicia su período constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

⁶ Sentencia del 22 de octubre de 1998, M. P. Roberto Medina López, Radicación 2017. Esta posición ha sido reiterada posteriormente, por ejemplo en la Sentencia del 29 de octubre de 2012, M. P. Alberto Yepes Barreiro, Expediente 2011-00775.

⁷ La Sala de Consulta se pronunció sobre el alcance de esta disposición en los Conceptos 1788 de 2006 y 2088 de 2012, en el sentido de señalar que los períodos anteriores al 2008 también se tenían en cuenta para la prohibición de reelección por más de una vez.

⁸ Se transcribe el texto final después de la declaratoria de inexecutable parcial contenida en la Sentencia C-105 de 2013. En todo caso, en el texto original de la norma antes de su revisión de constitucionalidad, tampoco había ninguna mención a la reelección de personeros, de modo que el tema no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales, previa designación que deberá hacer el respectivo decano.

Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano”.

En este orden, las referencias legales expresas a la reelección de los personeros desaparecen definitivamente de la ley. Además, como señala el organismo consultante, el Acto Legislativo 2 de 2015 sobre equilibrio de poderes y reajuste institucional, tampoco se refirió a la reelección de los personeros. El artículo 2º de dicho acto legislativo, reformatorio del artículo 126 de la Constitución Política, solo menciona algunos empleos del orden nacional para los cuales se prohíbe expresamente la reelección, sin que haya argumentos especiales que permitan extender su alcance a otro tipo de cargos como el que ahora se revisa.

Por lo anterior, ante la ausencia de una mención legal expresa sobre el particular (permissiva o prohibitiva), se consulta a la Sala si actualmente es posible o no la reelección de los personeros (preguntas 2 y 3). Al respecto la Sala considera que la respuesta puede ser abordada desde una doble perspectiva:

- Si lo que se pregunta es si los concejos municipales pueden “reelegir” directamente al personero en ejercicio sin adelantar previamente un concurso público de méritos, la respuesta es claramente negativa, pues la ley no hace esa excepción y exige en todos los casos que se cumpla con la regla de escogencia por mérito. En este sentido se justifica que la Ley 1551 de 2012 hubiera eliminado cualquier referencia a la reelección de los personeros, pues entendida en tales términos (escogencia sin concurso) dicha figura no es compatible con la nueva forma de selección de esos funcionarios.

En efecto, la norma no distingue los diferentes casos que puedan presentarse para elegir personero, y por ende, todos deben incluirse en el supuesto normativo, incluida la reelección, razón por la cual para todos ellos procede el previo concurso público de méritos. Siendo así, no le es dado al intérprete distinguir.

- Ahora, si de lo que se trata es de establecer si los personeros municipales pueden participar como cualquier otro ciudadano en el concurso público de méritos que se adelante con el fin de elegir su reemplazo para el siguiente periodo legal, de manera tal que si ganan ese concurso puedan ser elegidos nuevamente en el cargo, la Sala considera que en tal evento no hay como tal una “reelección”, pues como ya se dijo el concejo municipal no puede ratificar en forma directa a esos funcionarios en el cargo.

Dicho de otro modo, el personero saliente podría ser un interesado más dentro del concurso público de méritos, que competiría en igualdad de condiciones y bajo reglas objetivas con los demás aspirantes al cargo, de modo que su nueva elección estaría supeditada al resultado de dicho procedimiento de selección.

No obstante podría cuestionarse si el concepto de “reelección”, desde el punto de vista etimológico, sería aplicable si el personero resulta elegido en el concurso público de méritos.⁹

Para la Sala, la respuesta a esta inquietud debe atender a los criterios señalados por la Corte Constitucional en relación con el alcance de los derechos de participación ciudadana, en especial el reconocimiento de que la regla general de una democracia participativa es el derecho de elegir y ser elegido, así como el carácter excepcional de las restricciones para intervenir en la conformación, desempeño y control del poder político, las cuales, por tanto, son de interpretación restringida¹⁰.

Asimismo es necesario atender al criterio finalista de la norma cuando se establecen restricciones para la elección de personeros, pues el fin perseguido corresponde a la igualdad de condiciones entre los candidatos para este cargo, lo cual se logra sin necesidad de excluir a la persona que hubiere ejercido el cargo y respecto de quien no puede presumirse capacidad de influir en su propia designación¹¹, pues en todos estos casos será procedente el concurso público de méritos.

Así las cosas, la exigencia legal de un concurso público de méritos para la elección de personeros, en el que puede participar cualquier persona que reúna los requisitos legales y donde la regla final de escogencia es el mérito, diluye los nexos entre una elección y otra, como quiera que la escogencia no corresponderá a la simple voluntad del órgano elector, sino al resultado de las reglas objetivas de evaluación establecidas previa y públicamente para ese efecto. En ese contexto comparte la Sala lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-267 de 1995 inicialmente citada, en el sentido de que si el aspirante al cargo ya ha sido personero, esa circunstancia, aisladamente considerada, “no puede repercutir en detrimento de sus aptitudes ni es capaz de anularlas (...) por el contrario, la experiencia acumulada debería contar como factor positivo”.

En este orden, la escogencia de los personeros, al estar mediada por un concurso público de méritos, adquiere una nueva dimensión, frente a la cual se vuelve irrelevante la discusión acerca de si el silencio del legislador en materia de reelección debe interpretarse o no como una autorización a su favor. Como se ha indicado, en este nuevo escenario no puede haber una elección de personero (así recaiga sobre el mismo funcionario que ya ejercía el cargo) sin un concurso público de méritos previo.

Ahora bien, pese a que desde el punto de vista de la “reelección” y del fin perseguido, no habría inconveniente para que los personeros salientes participaran en el concurso público de méritos que se adelante con el fin de proveer el cargo para el siguiente periodo legal, según se acaba de señalar, tiene razón el organismo consultante cuando advierte sobre la

9 Cfr. Real Academia de la Lengua: reelegir corresponde a “volver a elegir”.

10 Sentencia C-267 de 1995.

11 Sentencia C-1044 de 2000.

necesidad de analizar si esa posibilidad se ve truncada en virtud de las restricciones que se derivan del artículo 51 de la Ley 617 de 2000 que dispone lo siguiente:

“Artículo 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia”.

Lo primero que debe señalarse es que esta disposición forma parte del Capítulo V de la referida ley 617 de 2000, denominado “Reglas para la transparencia de la gestión departamental, municipal y distrital”, en el cual se modificaron (en el sentido de volverse más estrictas) las inhabilidades e incompatibilidades de diversos empleados territoriales: gobernadores, diputados, alcaldes, concejales, ediles, contralores (departamentales, distritales y municipales) y personeros. Para todos estos servidores se previó, entre otros aspectos, la extensión temporal de sus incompatibilidades como una forma de buscar un mayor grado de transparencia en la gestión de los asuntos territoriales¹².

De otra parte, es pertinente aclarar que la norma citada no prohíbe por sí sola “la reelección” de personeros, tal como parece entenderlo el organismo consultante cuando en la segunda pregunta señala que “teniendo en cuenta que (...) el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 extendió la vigencia para que los personeros municipales y distritales no puedan ser reelegidos”. Como se observa, lo que hace la norma en cuestión es ampliar temporalmente la vigencia de las incompatibilidades de los contralores y personeros, al señalar que las mismas rigen durante el ejercicio del cargo y “hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia”. Significa lo anterior que el régimen de incompatibilidades de los contralores o personeros no termina con la dejación del cargo, sino que los acompaña por un año más.

De este modo, lo que genera el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 frente al asunto consultado es el deber de revisar las incompatibilidades de los personeros, con el fin de establecer si por su extensión temporal se torna imposible que el personero saliente pueda participar de manera inmediata en el concurso público de méritos que se adelante con el fin de proveer el cargo para el siguiente periodo legal. A este respecto hay que acudir al artículo 175 de la Ley 136 de 1994 que regula las incompatibilidades del cargo de personero de la siguiente manera:

“Artículo 175. Además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente Ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:

a) Ejercer otro cargo público o privado diferente;

b) Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria.

¹² Exposición de Motivos, Gaceta del Congreso 257 de 1999: “El proyecto de ley que se somete a consideración del H. Congreso presenta en el Capítulo V, reglas para la transparencia de la gestión departamental y municipal, a través del fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores alcaldes, diputados y concejales, la extensión en el tiempo de las incompatibilidades, la ampliación de las causales de pérdida de investidura para concejales y diputados. Igualmente se reglamentan las prohibiciones a los diputados y concejales y se establecen sus excepciones”.

Parágrafo. *Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones que deba cumplir el personero por razón del ejercicio de sus funciones”. (Se resalta).*

Por su parte el artículo 38 de la Ley 617 de 2000 que contiene las incompatibilidades de los alcaldes y que la norma en cita extiende a los personeros¹³, dispone lo siguiente:

“Artículo 38. Incompatibilidades de los alcaldes. *Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:*

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.

3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.

6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

Parágrafo. *Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a, b, c, y d. del artículo 46 de la Ley 136 de 1994”.*

Si se toman estas incompatibilidades en una interpretación literal, en particular las previstas en el literal a) del artículo 175 de la Ley 136 de 1994 y en el numeral 6º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 (en negrilla), y se extienden por un año más después de la dejación del cargo de personero, la respuesta a los interrogantes planteados sería necesariamente negativa, pues se llegaría a la conclusión de que los *ex personeros*, durante el año siguiente al vencimiento de su periodo, no podrían desarrollar ningún tipo de actividad o negocio particular o tener ningún tipo de empleo público o privado, pues la incompatibilidad es absoluta.

¹³ En la Sentencia C-200 de 2001, Corte Constitucional declaró exequible la extensión de las incompatibilidades de los alcaldes a los personeros, haciendo énfasis en que dicha norma busca evitar la corrupción y hacer más transparente la gestión municipal: “Pues bien, esta Corporación encuentra que la remisión de las incompatibilidades acusada tiene un objetivo constitucionalmente valido que se concreta en la búsqueda de la transparencia y moralidad de las actuaciones del Ministerio Público. También, es una garantía de imparcialidad e independencia inescindible a los órganos de control. Asimismo, estas incompatibilidades constituyen un instrumento necesario e idóneo para el logro de la finalidad que persigue la restricción, puesto que el ejercicio del Ministerio Público requiere de funcionarios, al igual que las alcaldías, altamente comprometidos con la defensa del interés público. Finalmente, la Corte no encuentra que la extensión de las causales del alcalde al personero sacrifique desproporcionadamente el derecho al acceso a la función pública de los aspirantes al ente de control, puesto que dentro de los fines primordiales del Estado se encuentran las necesidades de combatir la corrupción y la utilización de los bienes públicos para intereses individuales”.

Sin embargo, el concepto de esta Sala es distinto, pues aplicada en esos términos, la incompatibilidad comportaría una carga excesiva para dichos funcionarios, quienes tendrían que subsistir durante el año siguiente a la dejación del cargo sin devengar ningún tipo de salario o ingreso público o privado, lo cual resultaría desproporcionado y desconocería derechos fundamentales como el trabajo, el mínimo vital, la libre autodeterminación, etc.

Es claro que mientras se ejerce el cargo de personero es exigible de dicho funcionario una dedicación total de su tiempo y esfuerzos a la labor para la cual ha sido elegido, de manera que no se ocupe de otras actividades o empleos públicos o privados. En este momento la incompatibilidad analizada tiene como propósito principal asegurar la exclusividad en el desempeño del cargo -como medio para lograr mayor eficiencia administrativa-, y en ese sentido se justifica su carácter absoluto. Por ello, el artículo 38 de la Ley 617 de 2000 la circunscribe al desempeño **simultáneo** de otro cargo.

Sin embargo, cuando el personero ha dejado su empleo, la ampliación de la referida incompatibilidad por 12 meses más –como ordena el artículo 51 de la Ley 617 de 2000– adquiere una finalidad distinta ya no relacionada con ese deber de exclusividad propio de los servidores públicos, sino con la necesidad de asegurar transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública, en el sentido de evitar que el cargo de personero pueda ser utilizado para procurarse un empleo o actividad pública o privada posterior.

Dado lo anterior, el estudio de esta incompatibilidad exige un análisis de razonabilidad y de proporcionalidad diferenciado a partir de los fines que en cada momento se persiguen. En particular cuando se ha dejado el cargo de personero lo principal no será la garantía de exclusividad (que ya no se justifica) sino de transparencia y moralidad pública.

En este contexto, la Sala observa que la aplicación de la incompatibilidad analizada después de la dejación del cargo de personero no llega a tener el mismo *carácter absoluto* de cuando se está desempeñando ese empleo si se tiene en cuenta, por ejemplo:

La prohibición de acceder a un cargo o empleo público solo resulta razonable en el municipio o distrito en que se ejerció la respectiva función de control, que es el lugar donde el ex personero podría haber utilizado su cargo para asegurarse un nombramiento o designación a la terminación de su periodo; por tanto, como ha señalado la jurisprudencia para otros supuestos similares¹⁴, no resulta razonable aplicar la extensión temporal de la incompatibilidad a otras entidades territoriales distintas a la que se ha ejercido el cargo, pues esa exigencia resultaría desproporcionada a la luz de los principios de transparencia y moralidad administrativa que se buscan proteger.

14 Esta regla puede verse por ejemplo en la Sentencia C-147 de 1998 en la que la Corte Constitucional aclaró que la inhabilidad para ser contralor por haber ocupado en el año anterior “cargo público del orden departamental, distrital o municipal” (artículo 272 C.P.) no puede interpretarse de manera absoluta (para todo el territorio nacional) pues resultaría irrazonable y desproporcionada; por tanto, se aclaró que dicha inhabilidad solo es razonable si se aplica en la entidad territorial donde se haya ocupado el respectivo cargo público. Igualmente en la Sentencia C-767 de 1998 en la que se indicó: “Así, si la persona fue trabajador o empleado oficial en el respectivo municipio, entonces ese caso ya está comprendido en la inhabilidad específica para ser personero, pues habría ejercido un cargo público en el año anterior en la entidad territorial. Y si la persona ocupó un cargo en otro municipio, la extensión de la inhabilidad prevista para el alcalde es irrazonable, por cuanto en tal evento no aparece clara cuál es la protección a la función pública que se logra evitando que esa persona llegue a ser personero. Así, en un caso similar relativo a las inhabilidades para ser contralor departamental, la Corte consideró que la finalidad de este tipo de inhabilidades es impedir que una persona utilice su cargo para hacerse elegir en un cargo de control, o que, la persona electa en esa función resulte controlando sus actuaciones precedentes como servidor público. La Corte precisó entonces que “este peligro no existe cuando se trata de una persona que ha desarrollado su función en otro departamento, ya que la persona no puede utilizar su cargo en un departamento para hacerse elegir en otro departamento, ni resulta, en caso de ser elegida, controlando ex post sus propias actuaciones. Por ende, en este caso, la inhabilidad no encuentra ninguna justificación razonable”.

En cuanto a la imposibilidad de desempeñar un empleo privado durante el año siguiente al ejercicio del cargo, la Sala considera que esa materia está regulada actualmente y de forma más precisa en el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011 sobre prohibición de gestión de intereses privados por ex servidores públicos¹⁵, donde se observa que la restricción no es absoluta (*cualquier empleo privado*) sino relativa exclusivamente a “*los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo*”.

En este mismo contexto la Sala considera que la aplicación de la incompatibilidad analizada no resulta razonable en el caso analizado, si se tiene en cuenta que actualmente el cargo de personero se elige previo *concurso público de méritos*, el cual se apoya en reglas de publicidad, objetividad y mérito que garantizan por sí mismas el principio de transparencia y moralidad que se busca con la prohibición en cuestión.

Como ha señalado la jurisprudencia el concurso público de méritos “*por excluir las determinaciones meramente discrecionales y ampararse en criterios imparciales relacionados exclusivamente con la idoneidad para ejercer los cargos en las entidades estatales, aseguran la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad*”.¹⁶

Por tanto, si el concurso público de méritos es *per se* un medio para lograr imparcialidad en la escogencia de los servidores públicos, no podría interpretarse que los *ex personeros* tienen prohibido participar en ese tipo de procedimientos después de la dejación del cargo. Cuestión distinta será que en un determinado concurso en particular se intenten soslayar sus reglas y favorecer a alguna persona en particular (al personero o a cualquiera otra), caso en el cual los interesados contarán con los mecanismos administrativos y judiciales de control que permitan contrarrestar esas posibilidades.

En consecuencia, frente a las preguntas 2 y 3 la Sala considera que el *artículo 51 de la Ley 617 de 2000* no tiene el alcance de impedir la participación de los personeros salientes en el concurso público de méritos que adelanten los concejos municipales para escoger su reemplazo. Lo anterior, claro está, sin perjuicio del deber de los concejos municipales de garantizar transparencia, igualdad y sujeción a las reglas de mérito y del derecho de cualquier interesado a acudir a las autoridades competentes frente a cualquier irregularidad o favorecimiento indebido.

En este sentido resultan aplicables las consideraciones hechas en la Sentencia C-257 de 2013, en la cual se advirtió sobre la necesidad de atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad al establecer prohibiciones a los ex servidores públicos con posterioridad a la dejación del cargo:

“A pesar de lo anterior, el ejercicio de esta potestad legislativa se encuentra atada a límites ciertos y determinados: de un lado, aquellos fijados de manera explícita por la Carta Política

15 “**Artículo 3º. Prohibición para que exservidores públicos gestionen intereses privados.** El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así: Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones. Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados”.

16 Sentencia C-105 de 2013. Ver también Sentencia C-181 de 2010.

en clave de valores, principios y derechos, y en particular, los establecidos en los artículos 13, 25, 26 y 40-7. De otro lado, la Corte ha indicado que el Legislador al momento de establecer prohibiciones y determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad o incluso para regular su alcance no puede desconocer los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En particular, sobre este último aspecto la Corte ha indicado que la razonabilidad y la proporcionalidad tienen como punto de referencia la prevalencia de los principios que rigen la función pública (art. 209 C. P.). **En este orden de ideas, de acuerdo con los lineamientos definidos por la jurisprudencia, la valoración constitucional de toda prohibición, inhabilidad o incompatibilidad tendrá como presupuesto la realización material de los principios de transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública (...)**” (Se resalta).

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

1. ¿Teniendo en cuenta el marco normativo señalado, el Contralor Distrital de Bogotá, quien culmina su periodo institucional el 14 de febrero de 2016, podría estar o no, incurso en una inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para ser elegido personero distrital para el periodo 2015-2020?

De conformidad con la prohibición prevista en el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política, el Contralor Distrital de Bogotá que culmina su periodo institucional el 14 de febrero de 2016, no puede ser elegido personero distrital para el periodo 2015-2020 por encontrarse incurso en una causal de inelegibilidad.

Teniendo en cuenta que el Acto Legislativo n.º 2 de 2015 no reguló expresamente inhabilidad alguna y el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 extendió la vigencia para que los personeros municipales y distritales no puedan ser reelegidos; ¿Se debe entender que hay o no impedimento constitucional ni legal para que un personero aspire a su reelección?

De considerarse viable la reelección ¿Podría el aspirante inscribirse en el mismo municipio donde actúa y/o actuó como personero, para el periodo siguiente?

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 la elección de personeros requiere en todos los casos de un concurso público de méritos previo. En consecuencia, los concejos municipales o distritales no pueden omitir en ningún caso ese procedimiento para reelegir de manera directa a los personeros.

Sin perjuicio de lo anterior, los personeros municipales pueden participar en igualdad de condiciones con los demás interesados en el concurso público de méritos que se adelante para escoger su reemplazo, incluso en el mismo lugar donde han ejercido su cargo.

Remítase al Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Edgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

4. Procedimiento de elección del Personero de Bogotá. Provisión de personerías cuando el concurso público para su elección ha sido declarado desierto.

Radicado 2283

Fecha: 16/02/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 23 de febrero de 2016

El Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública consultan a esta Sala sobre las normas que rigen la elección del Personero de Bogotá, así como la forma de proveer transitoriamente el cargo de personero cuando el concurso público de méritos adelantado para la elección de dichos funcionarios ha sido declarado desierto.

I. Antecedentes

De acuerdo con los organismos consultantes, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. De conformidad con el artículo 322 de la Constitución Política, el Distrito Capital de Bogotá se encuentra sujeto a un régimen especial, actualmente contenido en el Decreto 1421 de 1993.

2. El artículo 2º del Decreto 1421 de 1993 dispone que el Distrito Capital de Bogotá estará sujeto al régimen previsto en la Constitución, en ese estatuto y en las leyes especiales que se dicten para su organización y funcionamiento, y en lo no previsto en ellas en *“las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios”*.

3. El artículo 97 del Decreto 1421 de 1993 sobre elección de personero distrital fue modificado en su momento por las leyes Ley 617 de 2000 y 1031 de 2006, particularmente en cuanto a su periodo, elección e inhabilidades.

4. Posteriormente la Ley 1551 de 2012 modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 (ley general de municipios), en el sentido de establecer que la elección de personeros se hará por concurso público de méritos, procedimiento este que no aparece mencionado en las normas especiales aplicables al Distrito Capital, razón por la cual surge la duda de si ese procedimiento de selección de personeros es o no aplicable para Bogotá.

5. De otro lado, dice la consulta, para la generalidad de municipios en que se aplica la Ley 1551 de 2012, ha surgido la inquietud de cómo proveer transitoriamente el cargo de personero cuando el concurso público de méritos adelantado para su elección ha sido declarado desierto. Se pregunta qué tipo de falta se genera en esos casos (absoluta o temporal) y cómo se debe proveer el cargo, especialmente en aquellos municipios pequeños donde el personero no tenía funcionarios subalternos que puedan ser designados en su lugar.

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

“1. La elección del Personero del Distrito Capital ¿deberá adelantarse de conformidad con lo previsto en el Decreto 1421 de 1993, artículo 97, y el Acuerdo 348 de 2008, o lo señalado en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015?”

Ante la declaratoria de desierto del proceso de concurso público de mérito para la elección de personero, se pregunta:

¿Qué clase de vacancia se presenta en tal caso?

En el evento de considerarse una vacancia definitiva, ¿cuál es el procedimiento a seguir para su provisión mientras se adelanta el concurso de méritos?

¿A quién se designa personero mientras se surte el concurso público de méritos, en los municipios, cuando no existe dentro de la nómina otro funcionario de la personería que se pueda encargar?”

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

1. Planteamiento de los problemas jurídicos que presenta la consulta

De acuerdo con los antecedentes, el presente asunto plantea dos problemas jurídicos distintos. El primero tiene relación con la aplicación o no al Distrito Capital de Bogotá de la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014 sobre elección de personeros por concurso público de méritos, asunto que obliga a revisar la especialidad del régimen legal que rige el Distrito Capital y la forma y eventos en que se pueden aplicar las normas generales aplicables a los municipios.

El segundo problema se refiere a la forma de llenar provisionalmente el cargo de personero en el caso en que el concurso público de méritos adelantado para su elección no se haya podido culminar satisfactoriamente en la fecha en que debía iniciar su periodo legal. En este caso el problema se debe abordar a partir de las normas que regulan las vacancias absolutas y temporales de dichos funcionarios.

2. Primer interrogante: procedimiento aplicable a la elección del personero distrital

2.1 Régimen especial del Distrito Capital de Bogotá: no excluye aplicación supletiva de las disposiciones vigentes para los municipios

El artículo 322 de la Constitución Política establece un régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá en los siguientes términos:

Artículo 322¹. Bogotá, Capital de la República y el Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

1 Modificado por el Acto Legislativo 1 de 2000. Se transcribe el texto vigente con la respectiva modificación.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio". (Se resalta)

De acuerdo con esta norma, el régimen político, fiscal y administrativo de Bogotá está conformado por tres fuentes normativas: (i) las disposiciones constitucionales; (ii) las leyes especiales dictadas para el Distrito Capital; y (iii) las disposiciones vigentes para los municipios. De este modo, el régimen especial de Bogotá no está conformado solamente por la ley que se expida para regular sus asuntos, sino también por las normas constitucionales (que incluso tienen primacía según el artículo 4º Superior) y las que rigen la actividad de los municipios.

Ahora bien, la forma en que se relacionan las leyes especiales dictadas para el distrito capital y las que rigen de forma general para los municipios, fue aclarada en el artículo 2º del Decreto 1421 de 1993 *"por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá"*, que estableció lo siguiente:

"Artículo 2º. Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios". (Se resalta).

Como se observa, esta norma esclarece el alcance del artículo 322 de la Constitución, en el sentido de señalar que la aplicación al Distrito Capital de *las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios*, no es directa sino subsidiaria, esto es, en todos aquellos aspectos en los cuales el legislador no haya hecho una regulación diferenciada para la capital de la República.

Si bien podría pensarse que lo anterior reduce sustancialmente el alcance de las normas municipales frente al Distrito Capital, lo cierto es que eso no es del todo correcto, pues en cualquier caso el régimen general de los municipios cumple una *función integradora*, en la medida que evita o reduce los vacíos normativos que puedan presentarse cuando un determinado asunto no ha tenido regulación completa o particular en las leyes especiales expedidas para Bogotá.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que el régimen legal especial de Bogotá es de aplicación preferente pero no exclusiva ni excluyente respecto del régimen municipal, el cual tiene plena cabida en ausencia de norma especial:

“Así las cosas, bien puede afirmarse que al Distrito Capital de Bogotá le son aplicables en primer lugar, las normas consagradas en la Constitución, entre otras, las contenidas en el Título XI, capítulo 4, artículos 322 a 327, que establecen su régimen especial; en segundo lugar, las leyes especiales que se dictan exclusivamente para él, que hoy está contenido en el Decreto 1421 de 1993; y, en tercer lugar, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes que rigen para los demás municipios”. (Se resalta)²

Así, al revisar si las normas que rigen al Distrito Capital tenían naturaleza especial o requerían un trámite cualificado para su expedición, la Corte Constitucional señaló que la aplicación supletiva de las disposiciones vigentes para los municipios, pone de relieve *“tanto los rasgos comunes de este Distrito para con los municipios y demás distritos, como la no exigencia de una tal especial ritualidad”*³. Por tanto, la especialidad del régimen del Distrito Capital *“no impide al legislador incluir en esos ordenamientos disposiciones que se identifican con las de leyes de carácter general o remitirse a normas que regulen materias semejantes, ya que si ellas sustentan su contenido, la reiteración es pertinente”*⁴.

La jurisprudencia ha aclarado entonces que no toda regulación atinente al Distrito Capital se encuentra o debe encontrarse en su régimen especial, pues en aquellos asuntos en que no se justifique constitucionalmente una ordenación diferenciada, es válida la aplicación de las reglas generales expedidas para los municipios:

“El estatus especial de la ley se difuminaría si en él se comprende toda regulación que de una o de otra manera afecte al Distrito Capital. La especialidad es un atributo que responde a las exigencias que se derivan de la anotada singularidad del Distrito Capital y, por tanto, no puede ir más allá de la misma, de suerte que allí donde la situación que constituye el supuesto de una regulación resulta indiferente para cualquier entidad territorial, no se justifica que se establezca la regla especial.

El ámbito de la especialidad, por consiguiente, se debe acotar con un sentido funcional, vale decir, su medida la ofrece la necesidad de conciliar su condición genérica de entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, con su condición única de Distrito Capital - sede de los órganos superiores del Estado - y capital del Departamento de Cundinamarca. Si, en verdad, fuese cierto que todo lo que concierne al Distrito Capital, es objeto de ‘ley especial’, no se comprendería cabalmente por qué a este se le aplican también, en lo no regulado por la Constitución y las ‘leyes especiales’, las disposiciones vigentes para los demás municipios (C. P. art., 322). Esto quiere decir que el Distrito Capital, junto a los elementos que lo diferencian –a los cuales responde su régimen político, fiscal y administrativo especial–, posee en diverso grado los demás elementos que se encuentran en los municipios”⁵.

Conforme a lo anterior, cuando exista duda sobre si una disposición general dictada para los municipios es o no aplicable al Distrito Capital, la pregunta que debe responderse es la siguiente: ¿se trata de una materia regulada en las normas especiales que rigen para el distrito capital? o, dicho de otra manera ¿ha dispuesto el legislador un tratamiento distinto

2 Sentencia C-778 de 2001. Ver también Concepto 2058 del 25 de mayo de 2011 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

3 Sentencia C-837 de 2001, reiterada en Sentencia C-950 de 2001.

4 Sentencia C-778 de 2001.

5 Sentencia C-198 de 1998.

o diferenciado para el Distrito Capital? Si la respuesta es negativa, esto es, que la materia o asunto no tiene regulación especial en las leyes dictadas para Bogotá, cabe la aplicación de las normas generales expedidas para los municipios, tal como lo establecen expresamente los artículos 322 de la Constitución Política y 2° del Decreto 1421 de 1993.

2.2. Aplicación del procedimiento de selección del personero previsto en la Ley 1551 de 2012 al Distrito Capital: procede ante la ausencia de una regulación especial en el Decreto 1421 de 1993

En el caso consultado se trata de establecer si *el procedimiento de selección de personeros (concurso público de méritos)* establecido en el artículo 35⁶ de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, es o no aplicable al Distrito Capital de Bogotá. Cabe recordar que la exigencia de concurso público de méritos para la elección de personeros fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013 y que dicho procedimiento se encuentra reglamentado por el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

Frente al interrogante planteado lo primero que debe advertirse es que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 modifica el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, razón por la cual la disposición analizada se ubica dentro del conjunto de disposiciones generales vigentes para los municipios. Sin embargo, como ya se aclaró, esa sola consideración (que la norma forme parte del régimen municipal general) no descarta su aplicación al Distrito Capital, pues debe verificarse también si la respectiva materia, en este caso *el procedimiento de selección del personero*⁷, ha sido regulada de manera distinta (diferenciada) en las normas particulares expedidas para Bogotá.

Pues bien, el Estatuto de Bogotá, Decreto 1421 de 1993, establece lo siguiente en relación con la elección e inhabilidades del personero distrital:

“Artículo 97⁸. Elección, inhabilidades. El Personero Distrital será elegido por el Concejo durante el primer mes de sesiones ordinarias, para un período institucional de cuatro (4) años, que se iniciará el primero de marzo y concluirá el último día de febrero. Podrá ser reelegido, por una sola vez, para el período siguiente.

No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estarán igualmente inhabilitados quienes hayan sido condenados

6 “Artículo 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así: “Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su período constitucional, **previo concurso público de méritos (...)**”. (Se resalta).

7 La consideración del concurso público de méritos como una norma de procedimiento y no de competencia se reitera en diversos apartes de la Sentencia C-105 de 2013, en la cual se señaló: “(...) la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que además, sus finalidades justifican su aplicación en las hipótesis que cuestiona el demandante. Por un lado, este mecanismo de vinculación facilita y promueve la consecución de los fines estatales, en la medida en que su objeto es justamente la identificación de las personas que reúnen las condiciones para ejercer óptimamente el respectivo cargo, y que por tanto, pueden contribuir eficazmente a lograr los objetivos y metas de las entidades públicas. Por otro lado, por tratarse de procedimientos abiertos, reglados y formalizados, en los que las decisiones están determinadas por criterios y pautas objetivas, garantizan los derechos fundamentales de acceso a la función pública, el debido proceso en sede administrativa, y al trabajo”.

8 Modificado por el artículo 2° de la Ley 1031 de 2006. Cabe aclarar que el artículo 96 del Decreto 1421 de 1993 que se refería también a las condiciones y requisitos para ser Personero Distrital fue derogado expresamente por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.

en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones”.

Como se observa, los incisos 2º y 3º se refieren a las inhabilidades del cargo y solo el primer inciso regula de manera directa a la elección del personero, pero solamente en unos aspectos limitados: (i) la competencia del concejo distrital; (ii) el plazo para hacer la elección; y (iii) el periodo del personero.

Por tanto no hay en la norma citada regulación o referencia alguna relacionada con el procedimiento que debe seguir el concejo distrital del Bogotá para ejercer su competencia electoral. Por demás, las restantes disposiciones del Decreto 1421 de 1993 que se refieren a la personería distrital (artículos 98 a 103), regulan asuntos que no guardan relación con el asunto consultado y por tanto no son relevantes para responder el interrogante que plantea la consulta⁹.

De acuerdo con lo anterior, como quiera que no existe ninguna regulación particular, especial o diferenciada en el Estatuto de Bogotá sobre el procedimiento que debe seguir el Concejo Distrital para la elección del personero, resulta forzoso aplicar en ese aspecto lo señalado de manera general para los municipios, en cuanto a la necesidad de adelantar un concurso público de méritos con ese fin (artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012).

Además, si se tiene en cuenta que el concurso público de méritos responde a fines constitucionales particularmente protegidos como la transparencia, la objetividad, la publicidad, la participación ciudadana y la regla de mérito para el acceso a los cargos públicos¹⁰, carecería de justificación una interpretación contraria, dirigida a excluir al Distrito Capital de ese procedimiento de selección, más aun cuando su uso no afecta o interfiere en la especialidad o integralidad de su régimen legal¹¹.

Al respecto cabe recordar lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013 al desestimar los cargos presentados contra el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, según los cuales la elección de los personeros mediante concurso público de méritos violaba la autonomía de las entidades territoriales:

9 Las demás disposiciones son: artículo 98 (faltas absolutas y temporales); artículo 99 (atribuciones como agente del Ministerio Público); artículo 100 (veedor ciudadano); artículo 101 (defensor de los derechos humanos); artículos 102 (atribuciones especiales); artículo 103 (prohibiciones); y artículo 104 (autonomía y control posterior).

10 Conceptos 2246 y 2274 de 2015 sobre elección de procuradores y contralores, respectivamente.

11 Sentencia C-105 de 2013: “Por un lado, de acuerdo con los artículos 118 y 277 de la Carta Política, a los personeros corresponde la promoción, la divulgación y la defensa de los derechos humanos, y la veeduría y vigilancia de la conducta de los servidores públicos municipales y distritales; la importancia de estas funciones, y el control que deben ejercer sobre los órganos del orden territorial justifican una elección reglada y no necesariamente una decisión discrecional que pueda comprometer la independencia y la imparcialidad de la persona que resulte favorecida”.

“En definitiva, la regla jurisprudencial que avala el concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los funcionarios que no son de carrera, es perfectamente aplicable al caso que se examina en esta oportunidad.

(...) Pero aún en gracia de la discusión, y suponiendo que el precedente anterior fuese inaplicable, los cargos formulados por el demandante no ponen en evidencia la inconstitucionalidad del precepto acusado.

En este sentido, encuentra la Corte que las consideraciones relativas a la anulación del principio democrático y al desconocimiento del procedimiento constitucional de elección, por bloquear la dinámica natural de las corporaciones públicas como órganos que canalizan y representan la voluntad general, no son de recibo.

(...) 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”¹²

De modo pues que frente al primer interrogante de la consulta la respuesta es clara en el sentido de que la elección del personero distrital de Bogotá, ante la ausencia de una regla diferente en su estatuto legal, también debe hacerse mediante concurso público de méritos, tal como lo dispone para la generalidad de los municipios el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 53 de la Ley 1551 de 2012.

En consecuencia cabe decir que los artículos 107 y 108 del Acuerdo 348 de 2008, por el cual se expide el reglamento del Concejo de Bogotá, perdieron fuerza ejecutoria y son inaplicables actualmente (artículo 91-3 del CPACA) en la medida en que en ellos se desarrolla un procedimiento de selección para el personero distrital diferente al concurso público de méritos que ordena la ley.

Es claro también que la aplicación del artículo 53 de la Ley 1551 de 2012 no afecta ni deroga lo dispuesto en el artículo 97 del Decreto 1421 de 1993 antes citado, en la medida que en

¹² 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.

este se regulan aspectos diferentes al procedimiento de selección del personero, como son la competencia del concejo distrital, el plazo para hacer la elección, el periodo del personero y las inhabilidades para ocupar el cargo. En consecuencia, ambas disposiciones pueden aplicarse armónicamente en la medida en que el artículo 53 de la Ley 1551 solo es aplicable en lo no regulado expresamente en el artículo 97 del Decreto 1421 de 1993.

2. Segundo interrogante: forma de suplir la vacancia del cargo cuando no se ha realizado en tiempo el concurso público de méritos para la selección del personero

Según se indicó, la segunda parte de la consulta se refiere a la forma en que se debe proveer provisionalmente el cargo de personero mientras se realiza o culmina con éxito el concurso público de méritos que permita su elección. Se pregunta de manera particular qué tipo de vacante se presenta en ese caso, cuál es el procedimiento para la provisión temporal de la vacante y qué pasa si no existe en la nómina de la personería un funcionario que pueda ser nombrado provisionalmente en el cargo.

Para responder estos interrogantes, la Sala debe reiterar en primer lugar tres consideraciones hechas expresamente en el Concepto 2246 de 2015 cuando respondió afirmativamente a la posibilidad de que los concejos municipales salientes iniciaran con suficiente antelación el concurso público de méritos para la elección de personeros, de modo que este procedimiento fuera finalizado oportunamente por los concejos municipales entrantes (entrevistas, calificación y elección) y se evitaran vacíos en el ejercicio de la función pública de control que le corresponde cumplir a dichos funcionarios. Esas consideraciones fueron las siguientes:

(i) Los términos, plazos y fechas establecidos en la ley para la elección de personeros tiene carácter reglado y no discrecional; por tanto deben ser observados estrictamente por los concejos municipales so pena de responsabilidad disciplinaria de sus miembros.

(ii) Comoquiera que la función de las personerías tiene relación directa con los principios constitucionales de publicidad, transparencia, control ciudadano, defensa de los derechos y representación de la sociedad¹³, las normas sobre vacancias y remplazos deben ser interpretadas de manera tal que no generen discontinuidad, interrupción o retrasos en el ejercicio de dicha función pública.

(iii) El uso de la provisionalidad, encargo u otras figuras similares para proveer transitoriamente el cargo de personero debe ser solamente por el plazo estrictamente necesario para adelantar los procedimientos de selección establecidos en la ley. En consecuencia, el aplazamiento indefinido e injustificado de las fechas de selección, elección y posesión de los personeros es contrario a la Constitución y la ley y puede generar responsabilidad disciplinaria de los concejales.

De acuerdo con lo anterior, las soluciones que se den al asunto consultado en relación con la forma de proveer la vacante del cargo de personero cuando el respectivo concurso público de méritos no ha finalizado en la fecha en que debería hacerse la elección, deben interpretar-

¹³ Ley 136 de 1994, Artículo 169. Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas". Ver, entre otras Sentencias, C-223 de 1995, T-932 de 2012 y C-105 de 2013.

se sobre la base de que dicha provisión (i) es eminentemente transitoria, (ii) no releva a los concejos municipales del deber de realizar el concurso público de méritos previsto en la ley en el menor tiempo posible y (iii) no exime de las responsabilidades disciplinarias que puedan derivarse de la inobservancia injustificada de los plazos de elección previstos en la ley.

Sobre esta base la Sala observa que el artículo 172 de la Ley 136 de 1994 regula la provisión de las faltas absolutas y temporales de los personeros de la siguiente manera:

“Artículo 172. Falta absoluta del personero. En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante.

Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente ley.

Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero”.

Según esta disposición, las faltas absolutas del personero se proveen por el concejo mediante una nueva elección para lo que resta del período legal. Por su parte, las faltas temporales las suple el funcionario de la personería que le siga en jerarquía al personero, siempre que reúna los requisitos para ocupar el empleo. En caso contrario (si el subalterno no cumple requisitos para ocupar el cargo), el concejo tiene la facultad de hacer una designación transitoria, hipótesis en la cual la persona escogida también debe acreditar las calidades exigidas para desempeñar el cargo.

La misma solución se acoge en el artículo 98 del Decreto 1421 de 1993 para suplir las faltas absolutas y temporales del Personero del Distrito Capital:

“Artículo 98. Faltas absolutas y temporales. Son faltas absolutas y temporales del personero las previstas para el alcalde mayor en el presente decreto.

En los casos de falta absoluta, el Concejo elegirá personero para el resto del período. En las temporales, desempeñará el cargo el funcionario de la Personería que le siga en jerarquía”.

En concordancia con esta última norma, el artículo 42 del Decreto 1421 de 1993 señala que son *faltas absolutas* la muerte, la renuncia aceptada, la declaratoria de nulidad de la elección, la destitución, la declaratoria de vacancia por abandono de cargo, la interdicción judicial y la incapacidad física permanente, y su no posesión dentro de los ocho (8) días iniciales del período sin que medie justa causa; y son *faltas temporales* las vacaciones, los permisos, las licencias, las comisiones oficiales, la incapacidad física transitoria, la suspensión por orden de autoridad competente, la suspensión provisional de la elección, y la desaparición forzada o involuntaria.

De acuerdo con las disposiciones citadas puede decirse que, como su nombre lo indica, *las faltas temporales* son aquellas en que la necesidad de provisión del empleo se genera

por una ausencia *transitoria o pasajera* del personero titular, de quien es dable esperar que volverá a ocupar el cargo cuando desaparezca la causa que origina la vacancia (p.ej. permiso, licencia, vacaciones, etc.). En estos casos, tanto en el régimen general de los municipios, como en el especial de Bogotá, el cargo se provee transitoriamente con el funcionario que le siga en jerarquía al personero. Si este último no reúne los requisitos para ocupar el cargo se habilita al concejo municipal para escoger transitoriamente a otra persona que reúna las calidades exigidas en la ley.

Por el contrario, las faltas definitivas se presentan cuando se tiene certeza de que el personero que había sido elegido para un determinado periodo no volverá a ocupar el cargo, caso en el cual se ordena hacer *una nueva elección para lo que resta del periodo legal*. En estos casos la norma parte del supuesto de que ha habido elección de personero en propiedad pero que la persona elegida no podrá terminar su periodo, lo que justifica una nueva elección por el tiempo restante.

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis consultada –vencimiento del periodo del personero sin que se haya elegido su remplazo– presenta una situación *sui generis*, pues la vacancia tiene formalmente *carácter absoluto (definitivo)* en la medida que su causa es irreversible y existe certeza de que no hay un titular elegido que pueda volver a ocupar el cargo¹⁴; sin embargo, es claro también que la provisión del empleo no podría hacerse para el resto del periodo –como se dispone en la ley para las faltas absolutas–, sino de forma *transitoria* mientras que se hace la elección del nuevo personero previo concurso público de méritos. Por tanto, se trata de un supuesto que *formalmente* correspondería a una vacancia absoluta pero que *materialmente* solo admitiría una provisión transitoria.

Frente a este problema la Sala observa que con independencia de la calificación de la vacancia, la competencia para la provisión provisional del cargo de personero solo puede corresponder al concejo municipal, pues además de ser la autoridad nominadora de ese cargo, tiene la función general de resolver sobre sus faltas absolutas o temporales.

Además los concejos municipales son los encargados de resolver las situaciones administrativas de los personeros (aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos, etc. –artículo 172 de la Ley 136 de 1994–) y, en cualquier caso, tienen la función de organizar las personerías y las contralorías municipales y distritales y dictar las normas necesarias para su funcionamiento (artículos 32 numeral 8 de la Ley 136 de 1994 y 12 numeral 15 del Decreto 1421 de 1993), todo lo cual ratifica su competencia en esta materia .

La Sala encuentra también, como ya se dijo, que sería constitucionalmente inadmisibles permitir o generar discontinuidad, interrupción o retraso en el ejercicio de la función pública de las personerías, más aún cuando esa interrupción se estaría generando por el incumplimiento del deber que tienen los concejos municipales de elegir oportunamente a dichos funcionarios, situación que en ningún caso puede traducirse en la ausencia de control en las entidades territoriales.

¹⁴ La Sala ha indicado que el vencimiento del periodo produce la desinvestidura automática del cargo y, por ende, la separación inmediata del mismo. Conceptos 2095 de 2012 y 2276 de 2015. En este último se indicó: “En relación con esto último es pertinente aclarar que el Concepto 1860 de 2007 que se cita por el organismo consultante, advierte de manera expresa que el artículo 281 de la Ley 4ª de 1913 no se aplica cuando existen disposiciones especiales para proveer las vacancias temporales o absolutas, ni tampoco en relación con los cargos de elección cuyo periodo está fijado por la Constitución o la ley (periodos institucionales), pues en estos eventos el vencimiento del periodo produce la separación inmediata del cargo (...)”.

Por otro lado, la Sala recuerda que las normas deben ser interpretadas a la luz de los principios de armonización, prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y efecto útil, de manera que se permitan su máxima efectividad sin romper su sentido y unidad normativa¹⁵. Como ha señalado la jurisprudencia, el principio de *efecto útil de la norma* debe servir para orientar la norma legal a contenidos constitucionales que garanticen la efectividad del derecho sustancial¹⁶, que en el caso analizado no es otro que la garantía de continuidad en la función pública de las personerías mientras se hace la elección de quien debe ocupar el cargo en propiedad.

En este sentido, la Sala observa que calificación de una vacancia como temporal o definitiva no depende del procedimiento futuro que se establezca para la designación en el ordenamiento legal, sino de la situación en que se encuentra el cargo, esto es, con un titular en diferentes situaciones administrativas temporales que no le permiten ejercerlo (permiso, licencia, comisión, vacaciones, en encargo de otro empleo, suspendido), o simplemente en el caso de que no existe una persona titular del empleo.

Por lo tanto, la definición de la vacancia alude a determinar si el titular se encuentra desvinculado en forma transitoria, caso en el cual se presenta una vacancia temporal, o si no existe titular en el empleo, por las diferentes causales previstas en la ley y en el reglamento, caso en el cual se presenta una vacancia definitiva.

Los artículos 2.2.5.2.1 y 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015, aplicable a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, regulan los casos de vacancia definitiva y de vacancia temporal, y son aplicables en la medida en que no exista norma expresa y especial para el régimen del Distrito Capital. Para la vacancia definitiva se considera, en el numeral 12 de la primera norma en cita, que un empleo tiene esta vacancia, entre otras, por las causales que determine la Constitución Política y las leyes.

En este caso, si el Personero titular ha terminado su función por expiración del plazo legal, esto es, por disposición legal, se presentará una vacancia definitiva a partir de esta fecha.

Sobre el cargo de Personero, la Sala encuentra que ni la norma especial (Decreto 1421 de 1993), ni la norma general (Ley 136 de 1994) consagran la situación consultada, pues ninguna de ellas regula en forma expresa la entidad competente o la forma de proveer el cargo, una vez retirado el titular por vencimiento del periodo, mientras se adelanta el concurso de méritos. Sin embargo, esto no presupone la indefinición del tema, pues una interpretación sistemática y finalista, acorde con los principios constitucionales citados, deberá garantizar la continuidad de la importante función administrativa asignada a los personeros municipales.

Lo anterior indica entonces que en la solución del asunto consultado se debe dar primacía a lo sustancial (el tipo de provisión que debe hacerse) sobre lo formal (la calificación que desde un punto de vista teórico pudiera darse a la vacancia) y garantizar la continuidad de

15 Sentencia C-1017 de 2012 en relación con la aplicación de estos principios en la aplicación de la Constitución: "No sobra recordar que los preceptos constitucionales se someten al principio de armonización, conforme al cual "la Constitución debe ser abordada como un sistema armónico y coherente, de tal forma que la aplicación de una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales, sino que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución"; así como al principio de efecto útil que exige que entre dos sentidos posibles de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro no, debe preferirse necesariamente el primero".

16 Sentencia C-929 de 2014.

la función pública de las personerías, todo esto sin anular o restar importancia al deber de los concejos municipales de adelantar con la mayor brevedad posible el respectivo concurso público de méritos para el nombramiento de un personero en propiedad.

En consecuencia la Sala considera que frente a la segunda pregunta de la consulta, nada impide aplicar las reglas previstas para la provisión de las faltas del personero, mediante la figura del encargo a un funcionario de la misma personería, inicialmente previsto para el caso de faltas temporales, como quiera que de lo que se trata es de proveer el cargo *transitoriamente* –mientras el concejo municipal o distrital adelanta o finaliza con éxito el concurso público de méritos previsto en la ley– y no de forma definitiva. Lo anterior también porque aún si se aceptara que la hipótesis consultada es sin más una forma de vacancia definitiva, en cualquier caso sería inviable aplicar la solución prevista para suplir este tipo de faltas, en tanto que no cabría hacer una elección *para el resto del periodo y sin concurso público de méritos*.

En consecuencia, si se vence el periodo de un personero y no se ha elegido a quien debe remplazarlo (previo concurso público de méritos como ordena la ley), no hay impedimento para que el cargo sea desempeñado transitoriamente por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía, siempre que reúna los requisitos para ocupar ese empleo, tal como lo disponen los artículos 172 de la Ley 136 de 1994 y 98 del Decreto 1421 de 1993 citados anteriormente. En caso de que el funcionario que sigue en jerarquía no reúna los requisitos de ese empleo o que simplemente dicho funcionario no exista (que en esencia responde al mismo supuesto jurídico y por tanto exige la misma solución), el concejo municipal deberá hacer la designación de un personero por un periodo temporal o transitorio, mientras culmina el concurso público de méritos que debe adelantarse. En todo caso, se reitera, quien se designe debe reunir las calidades para ocupar el cargo (parte final del artículo 172 de la Ley 136 de 1994, aplicable también al Distrito Capital por no haber norma especial en el Decreto 1421 de 1993 que regule esa situación).

Finalmente, como quiera que la realización del concurso público de méritos para la elección de los personeros es un imperativo legal irrenunciable para los concejos municipales y que los personeros tienen un periodo legal que dichas corporaciones no pueden reducir injustificadamente mediante la dilación indebida de esos procedimientos de selección, la Sala considera que resulta aplicable el límite temporal de tres (3) meses que establece el artículo 2.2.5.9.9., del Decreto 1083 de 2015 para los encargos de empleos públicos de libre nombramiento y remoción.

Si bien la naturaleza del cargo de personero no corresponde a un empleo de esa naturaleza, el límite temporal de tres (3) meses es más adecuado desde el punto de vista constitucional que el de seis (6) meses previsto para los encargos en empleos de carrera administrativa pues, como se ha explicado, el ejercicio regular y continuo de la función pública de las personerías exige *la provisión definitiva* del empleo a la mayor brevedad posible. De hecho, como se puede advertir, la situación planteada en la consulta es por sí misma anómala, ya que los concejos municipales debieron elegir personero dentro de los plazos señalados en la ley, de forma que se garantizara la continuidad institucional entre el funcionario saliente y el entrante; por tanto, frente a esa irregularidad, los límites temporales para el encargo del empleo de personero deben interpretarse de manera restrictiva.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

1. La elección del Personero del Distrito Capital ¿deberá adelantarse de conformidad con lo previsto en el Decreto 1421 de 1993, artículo 97, y el Acuerdo 348 de 2008, o lo señalado en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015?

La elección del personero distrital de Bogotá se regula tanto por el artículo 97 del Decreto 1421 de 1993 (competencia del concejo distrital, plazo para hacer la elección, periodo del personero e inhabilidades para ocupar el cargo) como por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y el Decreto Reglamentario 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015 (elección de personero mediante el procedimiento de concurso público de méritos).

Los artículos 107 y 108 del Acuerdo 348 de 2008, por el cual se expide el reglamento del Concejo de Bogotá, perdieron fuerza ejecutoria y no son aplicables actualmente en la medida que en ellos se acude a un procedimiento de selección de personero distrital diferente al concurso público de méritos previsto en la ley.

“2. Ante la declaratoria de desierto del proceso de concurso público de mérito para la elección de personero, se pregunta:

2.1 ¿Qué clase de vacancia se presenta en tal caso?

2.2 En el evento de considerarse una vacancia definitiva, ¿cuál es el procedimiento a seguir para su provisión mientras se adelanta el concurso de méritos?

2.3 ¿A quién se designa personero mientras se surte el concurso público de méritos, en los municipios, cuando no existe dentro de la nómina otro funcionario de la personería que se pueda encargar?”

Con independencia de la denominación formal del tipo de vacancia que se presenta en la hipótesis consultada, el cargo de personero solo puede ser provisto de manera transitoria y por el tiempo estrictamente necesario para adelantar o culminar el concurso público de méritos que permita su elección.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 de la Ley 136 de 1994 y 98 del Decreto 1421 de 1993, si vencido el periodo de un personero no se ha producido la elección de quien ha de remplazarlo, el empleo podrá ser desempeñado temporalmente por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía, siempre que reúna los requisitos para ocupar el cargo, mediante la figura de encargo por parte del concejo municipal.

Si el funcionario que sigue en jerarquía no reúne los requisitos del cargo o dicho funcionario no existe en la nómina de la personería, el concejo municipal o distrital deberá

designar en forma temporal o transitoria a un personero para garantizar la continuidad en el cumplimiento de las funciones administrativas de las personerías. La persona que se designe en tal eventualidad también deberá reunir las calidades para ocupar el cargo.

En cualquier caso las anteriores designaciones son transitorias, no pueden superar los tres (3) meses y en ningún caso liberan al concejo municipal o distrital de su obligación de adelantar con la mayor celeridad posible el concurso público de méritos que permita la elección definitiva del personero.

Remítase al Ministro del Interior, a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

5. Efectos del voto en blanco en la elección de secretarios de concejos municipales. Mayorías.

Radicado 2244

Fecha: 07/12/2015

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 24 de junio de 2016

El Ministro del Interior consulta sobre los alcances del voto en blanco, sus efectos y consecuencias en el proceso de elección del Secretario del Concejo Municipal de Tolú (Sucre).

I. Antecedentes

Dice el Ministro que según el Presidente del Concejo Municipal de Tolú:

“En sesión del día 27 de noviembre de 2014 y en la hora señalada, se procedió a la elección del Secretario del Concejo, sometiéndose a consideración de la plenaria dos (2) hojas de vida, no obstante, de que solo una de ellas era la que reunía las exigencias y calidades demandadas para ocupar el cargo; la mayoría de los miembros del Concejo optó por votar en forma secreta y la minoría lo hizo en forma pública y nominal, tal y como lo ordena el Acto Legislativo 01 de 2009, que modificó el artículo 133 de la Constitución Nacional”.

Anota que efectuada la votación, el resultado fue de 7 votos en blanco y 5 para el único candidato que se consideró elegible.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Cuáles son los alcances del voto en blanco, sus efectos y consecuencias en relación con la elección del Secretario del Concejo de Santiago de Tolú, de característica atípica, en cuanto al valor que se le debe asignar al voto en blanco en el caso particular mencionado, en donde el voto en blanco obtuvo un número de 7 frente a 5 concejales que votaron por el único aspirante elegible, tal como lo determinó la comisión accidental de verificación documental?”

2. ¿Se conserva la competencia por parte de la corporación municipal para llevar a cabo la elección de Secretario, teniendo en cuenta que el término para elegirlo ya se ha vencido?”

3. ¿Se debe convocar a una nueva inscripción de aspirantes y el inscrito y no elegido se puede inscribir nuevamente?”

4. ¿En qué situación se encuentra el único elegible en el proceso de elección de Secretario que obtuvo los votos del bloque de Concejales en número de 5 que lo hicieron de forma nominal y pública?”

5. ¿Cómo deben subsanarse las falencias cometidas en las actuaciones relacionadas con la elección del Secretario del Concejo de Santiago de Tolú?”

6. *¿Cuál sería el procedimiento y trámite establecido para corregir los actos relacionados con la elección del Secretario del Concejo de Santiago de Tolú?*

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala analizará los siguientes puntos: i) evolución del voto en blanco en nuestro ordenamiento jurídico, ii) efectos del voto en blanco, iii) el reglamento interno de los concejos municipales y sus disposiciones electorales, iv) la competencia temporal de los concejos municipales para elegir sus secretarios, v) La situación generada por la existencia de un solo candidato elegible y vi) el caso concreto.

A. Evolución del voto en blanco en nuestro ordenamiento jurídico

Los sistemas democráticos se han convertido paulatinamente en el mundo contemporáneo en los modelos por excelencia para la búsqueda de la armonía y el desarrollo social sobre la base, entre otros instrumentos, del ejercicio del derecho al voto.

En la medida en que el modelo democrático se torna más participativo, el voto empieza a ser utilizado en manifestaciones distintas a la elección de candidatos, como cuando a través de un proceso de participación se vota a favor o en contra de la adopción o derogación de una norma, o sobre la revocatoria de un mandato de un gobernador o alcalde, etc.

Asimismo el voto es un importante vehículo para exteriorizar la insatisfacción o frustración hacia un sistema político, los candidatos o las opciones en contienda, y es en este contexto en el que emerge el mayor valor del voto en blanco y su necesidad. La legislación colombiana ha evolucionado en cuanto a la aceptación y efectos otorgados al voto en blanco, como se aprecia en el siguiente breve recuento histórico. La Ley 28 de 1979 en el artículo 107 disponía:

“Se considera como voto en blanco el que no exprese de un modo legible y claro el nombre y apellido de la persona que encabeza la lista o del candidato a cuyo favor se vota”.

La redacción de este artículo, dice el Consejo de Estado, corresponde al que en la actualidad se conoce como voto nulo.¹ Con posterioridad la Ley 96 de 1985 previó:

“El voto en blanco es el que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emite en blanco. El voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cociente electoral. El voto ilegible es nulo”

El Código Electoral (Decreto 2241 de 1986) artículo 137 definió el voto en blanco como aquel *“que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emite en blanco y solo se tenía en cuenta para obtener el cociente electoral”*.

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 22 de enero de 2015. Expediente: 2013-00030

Con la adopción de la tarjeta electoral para elecciones de Presidente de la República, la Ley 62 de 1988 en su artículo tercero previó la existencia de un lugar para el voto en blanco, en el cual el elector podía registrar su opción:

*“En las elecciones para Presidente de la República, identificado el votante se le entregará la tarjeta o tarjetas electorales con el sello del jurado de votación en el dorso de la tarjeta. Acto seguido, el elector se dirigirá al cubículo y registrará su voto en el espacio que identifique al partido o agrupación política de su referencia, **o en el lugar previsto para votar en blanco**; luego doblará la tarjeta correspondiente, regresará ante el jurado de votación y la introducirá en la urna.*

Ninguna persona podrá acompañar al elector en el momento de sufragar.” (Negrilla fuera del texto).

El artículo 258 de la Constitución de 1991, en su redacción original, nada establecía respecto al voto en blanco. Por otra parte la Ley 84 de 1993 en su artículo 14 definió el voto en blanco y prácticamente le negó efectos jurídicos al tenor de su texto:

“Voto en blanco voto nulo. Voto en blanco es que en la tarjeta electoral señala la casilla correspondiente. El voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cociente electoral.

El voto nulo es cuando se marca más de una casilla o candidato; cuando no se señala casilla alguna; cuando la marcación no identifica claramente la voluntad del elector o cuando el voto no corresponde a la tarjeta entregada por el jurado de votación”.

Dicha ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, básicamente por haber sido tramitada como ley ordinaria, cuando debió ser por ley estatutaria, mediante sentencia C-145 de 1994 en la que anotó:

“Restarle, como lo hace la norma en examen, validez al voto en blanco, equivale a hacer nulatorio el derecho de expresión política de disenso, abstención o inconformidad que también debe tutelar toda democracia.

Ciertamente desconocerle los efectos políticos al voto en blanco, comporta un desconocimiento del derecho de quienes optan por esa alternativa de expresión de su opinión política. No existiendo razón constitucionalmente atendible que justifique tal determinación, dicha negación acarrea desconocimiento del núcleo esencial del derecho al voto que la Carta Fundamental garantiza a todo ciudadano en condiciones de igualdad, con prescindencia de la opinión política, y violación a los principios y valores que subyacen en la concepción misma del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, en que por decisión del constituyente se erige el Estado colombiano (C. P. Preámbulo, artículos 1, 2 y 3 entre otros)”.

Para suplir el vacío que dejó tal inexecutable, y con el ánimo de tener un ordenamiento electoral más acorde con la nueva realidad constitucional, se profirió la Ley 163 de 1994 que establece:

“Artículo 17: Voto en blanco. Voto en blanco es aquel que fue marcado en la correspondiente casilla. La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco”.

Vino luego el Acto Legislativo 01 de 2003 que en un intento por cambiar algunas costumbres políticas adoptó la denominada “Reforma Política”, dándole una nueva dimensión al voto en blanco al modificar el artículo 258 del Ordenamiento Superior:

“Artículo 11. El artículo 258 de la Constitución Política quedará así:

El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.

Parágrafo 1°. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.

Parágrafo 2°. Se podrá implementar el voto electrónico para lograr agilidad y transparencia en todas las votaciones”.

Finalmente, el Acto Legislativo 01 de 2009 –norma vigente– reza:

“Artículo 9°. El parágrafo 1° del artículo 258 de la Constitución Política quedará así:

Parágrafo 1°. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral”.

B. Efectos del voto en blanco

El papel del voto en blanco se limitaba al de ser computado para calcular el cociente electoral, que consiste en el resultado de dividir el total de votos válidos por el número de puestos a proveer. Con la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2003 se fortaleció su rol:

“Parágrafo 1°. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras

que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral”.

Finalmente el Acto Legislativo 01 de 2009 -norma vigente- dispuso:

“Artículo 9°. El párrafo 1° del artículo 258 de la Constitución Política quedará así:

“Parágrafo 1°. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral”.

La Sección Quinta de esta Corporación en sentencia del 22 de enero del año que transcurre² señaló que, después de comparar el texto del Acto Legislativo 01 de 2009 con el Acto Legislativo 01 de 2003, se pudo establecer que se sustituyó la expresión “cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación de los votos válidos” por la fórmula “cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría”, lo que ha llevado a pensar que el constituyente abandonó el concepto de mayoría absoluta de la votación total válida como parámetro y que lo reemplazó por una mayoría simple o relativa. Aclara la sentencia que:

“(…) si bien es cierto que de una “mayoría absoluta” prevista en el Acto Legislativo 01 de 2003, se pasó a solamente una “mayoría” en el Acto Legislativo 01 de 2009, pues se suprimió expresamente el adjetivo “absoluta”, ello en verdad no implicó una modificación sustancial en el tipo de mayoría que se requería, dado que como lo percibieron la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se siguió conservando la mayoría absoluta como factor determinante para que el voto en blanco pueda provocar la realización de nuevas elecciones, en atención a que la comparación debe cumplirse de cara a la votación total válida, más no respecto de los votos conquistados por cada una de las opciones políticas”

Explicado esto, se acota que el voto en blanco además tiene efectos en los mecanismos constitucionales para la asignación de curules en las corporaciones públicas de elección popular.

Es así que el artículo 263 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, prevé el denominado “umbral electoral” como aquel número mínimo de votos que debe alcanzar una lista electoral para corporaciones públicas y que la habilita para eventualmente acceder a la obtención de curules, previa aplicación de la “cifra repartidora”.

Este umbral se encuentra previsto en un tres por ciento (3%) de los votos sufragados para Senado de la República o en un cincuenta por ciento (50%) del cociente electoral en el caso de las demás corporaciones. En ese escenario el voto en blanco debe computarse para efec-

² Consejo de Estado. Sección Quinta. Expediente 2013-00030.

tos de establecer el umbral electoral, dado el reconocimiento de su existencia y validez. No ocurre lo mismo al momento de calcular la “Cifra repartidora” prevista en el artículo 263A, y que “*resulta de dividir por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer*”

Comoquiera que el voto en blanco implica la voluntad de no sufragar a favor de alguna lista o candidato, lógicamente no habrá lugar a contabilizarlo para efectos de establecer la consabida cifra, ni para la adjudicación de escaños.

C. El reglamento interno de los concejos municipales y sus disposiciones electorales

El artículo 287 de la Constitución garantiza la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, lo que les permite gobernarse por autoridades propias.

Dentro de las entidades territoriales el municipio es calificado como la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado (C. P. artículo 311) y para cada uno se prevé la existencia de una corporación de elección popular denominada “concejo municipal”. (C.P. artículo 312).

Las funciones generales de dicha corporación están señaladas directamente en el artículo 313 de la Constitución y en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012. El artículo 31 de la Ley 136 de 1994 se refiere al reglamento interno de tales corporaciones, así:

“Artículo 31. Reglamento. Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones”.

En este punto la Sección Quinta del Consejo de Estado ha dicho que los reglamentos internos pueden contener disposiciones electorales de obligatorio cumplimiento “[y] por lo tanto, si ellos establecen formalidades para la elección de funcionarios de competencia de los concejos, tal requisito debe cumplirse en forma estricta pues de lo contrario está viciado de nulidad”³

D. La competencia temporal de los concejos municipales para elegir sus secretarios

La jurisprudencia de la Sección Quinta ha dicho que, aunque por excepción el ejercicio de la competencia se puede someter a plazos o condiciones –y en tal caso el mismo legislador es quien señala expresamente si su no ejercicio ha de acarrear dicha pérdida–, las normas sobre competencia para expedir actos administrativos por el transcurso del tiempo son en principio de aplicación intemporal.

3 Sentencias del 30 de julio de 1993. Radicación número: 1030 y del 19 de marzo de 1997. Radicación número: 1652.

Dice la Sección que *“la administración en términos generales, no pierde la competencia cuando vence el plazo para su ejercicio, a menos que el legislador disponga explícitamente lo contrario”*⁴.

Consecuentemente y a propósito de una acción de cumplimiento contra la Corte Suprema de Justicia por la tardanza en la elección del Fiscal General de la Nación, la Sección Quinta consideró que la normativa debe prever expresamente que transcurrido determinado lapso sin elegir, efectivamente se pierde la competencia para hacerlo.⁵

E. La situación generada por la existencia de un solo candidato elegible

Para el análisis es preciso anotar que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”⁶ en el artículo 23 sobre derechos políticos prevé que los ciudadanos gozan del derecho *“de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de voluntad de los electores”*.

En lo que a este concepto interesa es menester detenerse en la autenticidad de las elecciones en un sistema democrático.

En orden a determinarlo es de mucha utilidad el aporte del profesor Dieter Nohlen para el Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, órgano creado a instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dice el tratadista:

“Como muchos otros conceptos claves de la política, la acepción “elección” está marcada por un dualismo de contenido. Por una parte puede tener un sentido neutro o “técnico”, y por la otra, un sentido sesgado u “ontológico”. Si no se hiciera esta diferenciación no podría entenderse por qué en sociedades y sistemas políticos tan diversos en su estructura y orientación, las elecciones son parte de lo cotidiano de la política.

El significado neutro de “elecciones” puede ser definido como “una técnica de designación de representantes”. En esta acepción no cabe introducir distinciones sobre los fundamentos en que se basan los sistemas electorales, las normas que regulan su verificación y las modalidades que tiene su materialización.

El significado ontológico de “elecciones” se basa en vincular el acto de elegir con la existencia real de la posibilidad que el elector tiene de optar libremente entre ofertas políticas diferentes, y con la vigencia efectiva de normas jurídicas que garanticen el derecho electoral y las libertades y derechos políticos. En este sentido se da una confluencia entre los conceptos “técnico” y “ontológico” de “elección”, al definírsela como “método democrático para designar a los representantes del pueblo”.

4 Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia del 25 de noviembre de 2003, expediente 2002-0358

5 Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia del 10 de marzo de 2011. Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02332-01(ACU).

6 La convención fue aprobada por la Ley 16 de 1972, y tiene los efectos previstos en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

Estos conceptos generales abarcan una gran diversidad de variantes en la práctica política de los países. Un método para ordenar esta diversidad es una tipología simple de los tipos de elecciones.

II. Tipos de elecciones. *Los tipos de elecciones se definen con base en cuatro relaciones: la relación con el ámbito que involucran las elecciones, con el órgano representativo, con el tiempo en que se realizan y con el sistema político. Respecto a la primera relación, se puede distinguir entre niveles nacionales y subnacionales y respecto a la segunda categoría, entre elecciones provinciales o regionales y municipales. Vale añadir las elecciones supranacionales para órganos representativos en sistemas de integración regional, como por ejemplo el Parlamento Centroamericano (Parlacen). Respecto a la segunda relación, conviene diferenciar entre elecciones presidenciales y parlamentarias, o sea unipersonales y pluripersonales y dentro de la segunda categoría entre elecciones unicamerales o bicamerales, esto es cuando se elige a una Cámara de Diputados y un Senado.*

Respecto a la tercera relación es importante diferenciar entre elecciones simultáneas (elecciones uni y pluripersonales, incluso de diferentes niveles) y no simultáneas. Se distingue asimismo entre diferentes grados de simultaneidad, tomando como criterio no solo el día, sino también la boleta (si es única o no) y el voto (si con el mismo voto se elige a varios órganos). Vale añadir la distinción –en el caso de elecciones plurinominales– de elecciones de renovación completa o parcial y de elecciones intermedias, cuando las elecciones parlamentarias tienen un período más corto y se realizan cada segunda vez de forma separada de las presidenciales. El grado de simultaneidad de las elecciones tiene muchas implicancias para el resultado de las elecciones y más aún para el funcionamiento del sistema político o en la gobernabilidad (véase Nohlen 1998).

Respecto a la cuarta relación, el criterio clave de distinción es el de la oportunidad y de la libertad de elegir que el ciudadano efectivamente tiene. Conforme a ello, es posible distinguir entre:

- a) elecciones competitivas;*
- b) elecciones semicompetitivas;*
- c) elecciones no competitivas.*

En las primeras el elector ejerce el sufragio libremente y entre opciones reales. Esa oportunidad y esa libertad, además, están garantizadas por normas jurídicas efectivamente vigentes. Si estos requisitos, que deben verificarse copulativamente, se ven limitados en algún grado, se puede hablar de elecciones semicompetitivas. Cuando ellos se encuentran vedados al elector, estamos entonces ante elecciones no competitivas.

Estos tipos de elecciones corresponden a la tipología corriente de los sistemas políticos modernos:

Elecciones competitivas Sistemas democráticos

Elecciones semicompetitivas Sistemas autoritarios

Elecciones no-competitivas Sistemas totalitarios

También acota el autor:

“El rol de las elecciones (competitivas) en los sistemas democráticos es fundamental. En primer lugar, las elecciones constituyen la base del concepto “democracia”. Hay democracia cuando los detentadores del poder son elegidos popularmente en una lucha abierta y libre por el poder. En segundo lugar, las elecciones son la fuente de legitimación tanto del sistema político, como de sus líderes o dirigentes”.

En tal posición coincide Norberto Bobbio para quien la competencia en las elecciones es esencial en la democracia y resalta que esta existe porque se garantizan los principales derechos de libertad, partidos en competencia y elecciones periódicas⁷.

Traída la argumentación al escenario que ocupa la atención de la Sala, adelante se analizará cómo, a pesar de que el voto en blanco no tiene efectos en los términos del artículo 258 de la Constitución, puede de hecho ser valorado como una manifestación de desaprobación frente al nombre de un único candidato elegible, en el escenario de una elección democrática en la que realmente opera una contienda entre las opciones aprobación/desaprobación.

F. El caso concreto

Revisada el Acta 79 del 27 de noviembre de 2014 se encuentra que terminada la votación para Secretario se verificó la existencia de 12 votos, de los cuales 5 fueron a favor del único candidato con la documentación en regla y 7 en blanco.

Al respecto observa la Sala que mediante el Acuerdo 003 del 26 de febrero de 2010 el Concejo Municipal de Santiago de Tolú adoptó su reglamento interno en el que aparece que el Secretario será elegido por el Concejo en el mes de noviembre para un período de un (1) año reelegible a criterio de la Corporación. (Artículo 44)

El artículo 76, inciso cuarto, prevé las reglas en materia de votaciones y señala que “[t]ratándose de elecciones, los Concejales deberán votar por uno de los candidatos o en blanco. En toda votación el número de votos debe ser igual al número de concejales presentes al momento de ejercer este derecho; si el resultado no coincide, el Presidente anulará la elección y ordenará su repetición”.

Por otra parte, el artículo 80 *ibídem* dispone:

“Artículo 80. Reglas especiales en materia de elecciones. Al acto de elección se citará con tres (3) días de anticipación, conforme a la ley. En la fecha y hora indicada, el Presidente abrirá la votación secreta.

Cada votante escribirá en su papeleta el nombre de uno de los candidatos al cargo por proveer y lo depositará en la urna dispuesta para el efecto, en el orden de llamado a lista por el Secretario. Previamente, el Presidente designará una comisión escrutadora, encargada de contar

⁷ Bobbio, Norberto. El futuro de la democracia, México, FCE, 1984, Capítulo I.

las papeletas depositadas e informar del resultado, indicando el número de votos obtenido por cada uno de los candidatos, los votos en blanco, los votos nulos y el total de votos.

Entregado el resultado, la presidencia preguntará a la corporación si declara legalmente elegido para el cargo o dignidad de que se trate y en el período correspondiente, al candidato que ha obtenido la mayoría de los votos. Si es concejal que se hallare presente, o Secretario reelegido, se le tomará el juramento de rigor; si se trata de funcionario que deba acreditar requisitos, se dispondrá su posesión para otra oportunidad dentro del término legal.

Parágrafo: Con el fin de prevenir acusaciones o demandas, los concejales, al hacer una elección, tendrán en consideración las prohibiciones de que tratan los artículos 126 y 292 de la Constitución Política y 49 de la Ley 617 de 2000”.

Se aprecia entonces que el reglamento expedido en el año 2010 no confiere efectos a los votos en blanco en los términos del artículo 258 de la Carta como aparece obvio de la simple lectura del artículo 80 transcrito. Del mismo se infiere sin esfuerzo que la elección de Secretario del concejo reviste, en principio, la forma de una selección entre múltiples opciones que se presentan simultáneamente a la consideración de los concejales.

Ahora bien, el derecho al voto como fundamento de la democracia tiene connotaciones harto estudiadas por la ciencia política, la doctrina y la jurisprudencia, y conocidas por la opinión pública alrededor del orbe al punto de que para el común de la gente es asunto de sentido –precisamente– común. Este derecho democrático fundamental no equivale al que se adquiere por el hecho de ser elegido o designado para participar en un cuerpo directivo colegiado, aun cuando ciertas reglas numéricas les sean comunes.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-221 de 2015, distingue cuatro tipos de mayorías: calificada, absoluta, simple, o relativa. Para efectos de este concepto interesa resaltar la distinción propuesta por la Corte en cuanto a parámetro y porcentaje, en la medida en que permite entender con simpleza la distinción entre mayoría simple y absoluta.

Parámetro se refiere al “total de votos sobre el cual se contabiliza” el “porcentaje exigido en cada caso; el parámetro suele ser de dos clases: absoluto –referido a un número en principio invariable (i.e. absoluto), y conocido en un momento dado en el tiempo, como por ejemplo el número de integrantes de un colectivo–, y variable –referido al en principio variable número de asistentes o de votantes en una elección–. La distinción del parámetro resulta en la distinción entre mayoría absoluta y simple, por manera que ambas dicen a la mitad más uno de los votos: como es obvio la mayoría absoluta pide mitad más uno del total de los integrantes de un colectivo, mientras que la mayoría simple pide la misma mitad más uno pero de una cifra que puede variar, como cuando se refiere a asistentes o votantes (según se especifique en la disposición respectiva). La cifra de las mayorías absoluta y simple se confunde cuando el parámetro se iguala, vale decir cuando asiste o vota el ciento por ciento de los integrantes.

La mayoría absoluta es en efecto una especie del género de las mayorías calificadas. Su condición “calificada” se desprende de una exigencia puesta sobre el parámetro, del que se demanda que sea considerado en su expresión absoluta, en su totalidad, con independencia de si ese total de personas miembros asistió o no a la sesión o a la votación.

A partir del anterior entendimiento no resulta difícil la noción de mayoría calificada en general, que no es otra cosa que aquella mayoría a la que se hacen exigencias especiales –en el parámetro o en el porcentaje–, de manera que se la diferencia de la mayoría simple. Tampoco resulta difícil, por ende, la noción de mayoría calificada en particular, cuando la “calificación” de la mayoría discurre en torno al porcentaje exigido para aprobar una determinada decisión. Vale decir que sin perjuicio del parámetro, que puede ser absoluto o variable, la mayoría calificada exige un porcentaje o fracción superior a la “mitad más uno”: 3/5, 60%, 2/3, 75%, 4/5 etc., son mayorías que oscilan en cuanto demandan un porcentaje mayor o menor pero siempre superior a la mayoría simple.

Sin embargo, es menester aclarar que la inteligencia de en qué consisten las mayorías simples y calificadas (entre las cuales se encuentra la absoluta por cuenta de la exigencia de un determinado parámetro, como quedó explicado), se refiere en lo fundamental a elecciones en las que se aprueba o imprueba una determinada propuesta o proposición. En efecto, el acto de votar en una elección implica una respuesta del elector a una pregunta determinada. Si la pregunta propone una variable binaria de aprobación/desaprobación, de sí o no, la mayoría mínima requerida es sin duda la constituida por la mitad más uno de los votos tal como la plantea la Corte Constitucional:

“por regla general, la “mayoría”, sin apelativos adicionales, ha sido entendida desde el punto de vista del porcentaje, como la mitad más uno de los votos”

Cuando esa misma “mayoría” se califica como absoluta, se está hablando también de “mitad más uno”, solo que ahora en referencia al parámetro absoluto.

En la SU-221, por lo demás, la Corte resuelve de manera clara sobre la cuestión de cómo interpretar la “mitad más uno” frente a parámetros impares, y al respecto ofrece un ejemplo en el que el parámetro es 161: en este caso la “mitad más uno” es la cifra de 81 votos –dado que 81 es mayoría sobre 80, así sin más–.

El escenario es completamente diferente cuando la pregunta propone no una bina aprobación/desaprobación, sino la selección de uno o varios nombres entre varias opciones que se presentan de manera simultánea al elector. En este caso, como lo ha dicho la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 19 de septiembre de 2013 a propósito de la elección del Secretario General del Senado de la República⁸, es igualmente indudable que a falta de previsión en contrario, la mayoría que se exige es relativa.

Es esta la inteligencia que informa la elección de alcaldes y gobernadores, así como cuando el Senado de la República elige de ternas que se someten a su consideración –por ejemplo en los casos de elección del Procurador General de la Nación o de magistrados de la Corte Constitucional-. Con esa mayoría relativa se seleccionan los dos aspirantes a la Presidencia de la República que pasarán a segunda vuelta, precisamente si ninguno obtiene la mayoría de la “mitad más uno” en la primera vuelta. La segunda vuelta reduce las opciones y convierte la elección en una de tipo binario.

La pregunta al elector en un escenario de selección entre múltiples opciones simultáneas reviste una forma particular cuando se trata de que la respuesta dada por la ciudadanía votante decide la integración de un cuerpo colegiado. Para este caso es evidente que tampoco opera la mayoría de la “mitad más uno” (ni simple ni absoluta). Así es hoy bajo la fórmula de cifra repartidora, y así fue antaño bajo la figura del simple cociente electoral.

Ciertas mayorías –aun tratándose de preguntas de aprobación/desaprobación–, están revestidas de singular especificidad, dado que se configuran con base en parámetros menos exigentes: para convocar una constituyente debe votar afirmativamente al menos una tercera parte del censo electoral –art. 376–. Para aprobar un referéndum se requiere del voto afirmativo de más de la mitad de los votantes, y estos a su vez deben exceder la cuarta parte del censo electoral –art. 378–.

Restaría por examinar la situación que de hecho y de manera excepcional podría presentarse cuando en una elección en principio diseñada para preguntar al elector de manera que seleccione entre varios candidatos, estos se reducen a uno solo. En este caso puede afirmarse que la naturaleza original de la elección –escogencia entre varios postulados– deja de existir y la cuestión por responder deviene en una pregunta de aprobación/desaprobación, de sí o no, cuya respuesta, para efectos de tenerse como positiva, debe cumplir con la exigencia de superar la mitad de la votación respectiva. Si la única candidatura presentada al cuerpo electoral no recibe el apoyo de la mayoría, no podrá tenérsela como ganadora. Lo anterior resulta de observar que la noción de mayoría, en cualquiera de sus expresiones, trae aparejado el entendimiento de que quien la obtiene ha superado a otra variable en número de votos. Si se está en presencia de una sola candidatura, la variable que esta tendría que superar viene a ser la cifra constituida por la mitad de los votos (lo que no es otra cosa que la ya analizada mayoría de la “mitad más uno”).

Esta lectura, que no anonada sino que confirma la arriba glosada de la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre mayorías relativas, va sin embargo en línea con la afirmación que a manera de óbiter *dicta* expresa la Corte en la sentencia SU-221 de 2015 en la que frente a la sola exigencia de una mayoría relativa considera:

“una interpretación en ese sentido, fija, por regla general, un estándar muy flexible donde el grueso de las decisiones podría tomarse con la aquiescencia de una minoría y la objeción de la mayoría. Si bien esto puede suceder cuando el constituyente así lo autorice, adoptar como regla general que las minorías, en todos los casos, puedan definir las decisiones a tomar, no resulta acorde de entrada, con el principio mayoritario, establecido en el artículo 258 de la Constitución”

Las mayorías relativas como quedó explicado tienen su propio campo de aplicación y sobre ellas se edifica buena parte del funcionamiento de cualquier sistema democrático en cuanto el voto del elector debe en muchas ocasiones responder a una pregunta que se le formula en un escenario de selección entre varias posibilidades, escenario en el que normalmente no es aplicable la mayoría de “la mitad más uno”. No obstante su operatividad democrática no resulta viable “en todos los casos”, ni se trata de una “regla general”.

Con base en las anteriores consideraciones la Sala dará respuestas a las preguntas formuladas en la consulta, bajo la advertencia de que sus preceptos deberán ser tomados en forma

general. En ningún caso la Sala pretenderá actuar, ni actuará, como si su competencia pudiese ser leída en clave contenciosa, vale decir como poseedora de virtualidad para resolver, con *potestas*, casos de marcada especificidad como el atípico de un evento concreto de elección del Secretario del Concejo de Santiago de Tolú.

LA SALA RESPONDE:

1. ¿Cuáles son los alcances del voto en blanco, sus efectos y consecuencias en relación con la elección del Secretario del Concejo de Santiago de Tolú, de característica atípica, en cuanto al valor que se le debe asignar al voto en blanco en el caso particular mencionado, en donde el voto en blanco obtuvo un número de 7 frente a 5 concejales que votaron por el único aspirante elegible, tal como lo determinó la comisión accidental de verificación documental?

El voto en blanco, en principio, carece de valor en las elecciones de los Concejos Municipales cuyos reglamentos contienen estipulaciones como las consagradas por el actualmente vigente para el municipio de Santiago de Tolú (Sucre). La Constitución Política solo tiene consagrados, como efectos del voto en blanco, aquellos señalados de manera precisa en su artículo 258. Lo anterior sin perjuicio de lo que se enuncia en la última respuesta en este concepto para el evento en que de hecho opera como desaprobación respecto de una propuesta singular presentada al elector.

2. ¿Se conserva la competencia por parte de la corporación municipal para llevar a cabo la elección de Secretario, teniendo en cuenta que el término para elegirlo ya se ha vencido?

Los concejos municipales, durante su periodo, conservan la competencia para elegir sus secretarios pese a que haya transcurrido el término previsto en los reglamentos internos para ello.

3. ¿Se debe convocar a una nueva inscripción de aspirantes y el inscrito y no elegido se puede inscribir nuevamente?

4. ¿En qué situación se encuentra el único elegible en el proceso de elección de Secretario que obtuvo los votos del bloque de Concejales en número de 5 que lo hicieron de forma nominal y pública?

5. ¿Cómo deben subsanarse las falencias cometidas en las actuaciones relacionadas con la elección del Secretario del Concejo de Santiago de Tolú?

6. ¿Cuál sería el procedimiento y trámite establecido para corregir los actos relacionados con la elección del Secretario del Concejo de Santiago de Tolú?

Por su unidad temática se responden las preguntas 3, 4, 5 y 6.

Habiéndose surtido con apego al reglamento la votación para elección del Secretario de un Concejo municipal, en condiciones de atipicidad consistentes en que en una elección en principio supuesta como competencia entre varios aspirantes no se haya tenido más que un

candidato válido, se advierte que tal candidato tendría que haber superado la mitad de la votación como requisito para ser tenido como ganador.

No habiendo sido así, tal como lo plantea la consulta formulada, se debe adelantar un nuevo proceso de inscripción de aspirantes en el que podrá participar el único candidato que obtuvo votación.

Remítase al Ministro del Interior 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.

VI.

ENTIDADES TERRITORIALES

1. Periodo de la mesa directiva de la Asamblea Departamental. Debe sujetarse a sentencia de nulidad de Tribunal Administrativo. Radicado 2097**Radicado 2097**

Fecha: 07/06/2012

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

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

El Ministerio del Interior, a solicitud del Presidente de la Asamblea Departamental de Antioquia, consulta a la Sala sobre el periodo de la mesa directiva de dicha corporación, teniendo en cuenta que fue nombrada para seis (6) meses, a pesar de que ya existía sentencia judicial que indicaba que el periodo de la misma debía ser de un (1) año.

I. Antecedentes

1. La ordenanza 0016 de 1999, mediante la cual se expidió el reglamento de la Asamblea Departamental de Antioquia, dispuso en su artículo 7° que el periodo de su mesa directiva sería de seis (6) meses y que podía ser reelegida.

2. Mediante sentencia del 30 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad del referido artículo 7° de la Ordenanza 0016 de 1999 al considerar que “el periodo de los miembros de las mesas directivas no puede ser inferior a un año y, además de ello, no podrán ser reelegidos”. Entendió el Tribunal que se debía aplicar por analogía lo dispuesto en los artículos 147 de la Constitución y 40 de la Ley 5 de 1992 sobre el periodo anual de las mesas directivas del Congreso de la República, de forma que el acto demandado vulneraba esas normas superiores.

3. Esta sentencia quedó ejecutoriada en agosto de 2011 (no se precisa la fecha) y fue comunicada a la Asamblea Departamental mediante oficio 067 F.J.B.B del 16 de enero de 2012.

4. El 2 de enero de 2012, antes de recibir la anterior comunicación, la Asamblea Departamental de Antioquia eligió la mesa directiva de la corporación por un periodo de 6 meses, como lo indicaba el artículo 7° de la Ordenanza 0016 de 1999.

5. Para la entidad consultante es claro que la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia era obligatoria desde su ejecutoria y que, por ende, vinculaba a la Asamblea Departamental para la elección de mesa directiva en enero de 2012; considera entonces que la elección que se hizo está viciada de nulidad y que, por lo mismo, no sería un simple caso de pérdida de fuerza ejecutoria, pues este fenómeno supone que el acto nace válido pero que con posterioridad desaparecen sus fundamentos de hecho o derecho, lo cual es distinto a lo sucedido en este caso.

6. El organismo consultante se pregunta entonces cuál debe ser la actuación a seguir para corregir lo sucedido y si el acto de elección de la mesa directiva debe ser revocado (con consentimiento expreso o no de los beneficiarios del mismo) o si debe procederse a la acción de lesividad.

Con base en lo anterior, se hacen las siguientes **PREGUNTAS**:

“PRIMERO. ¿Es aplicable a la Mesa Directiva elegida el 2 de enero de 2012 la sentencia del Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia, esto es, el periodo de un año?

SEGUNDO. ¿Se requiere algún acto administrativo posterior por parte de la H. Asamblea Departamental para dar aplicación a la referida sentencia?

TERCERO. ¿Sería válido que la Asamblea departamental procediera a dejar sin efectos la elección de la mesa directiva actual y procediera a elegir una nueva mesa con el pretexto del cumplimiento de la sentencia mencionada?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. Como indica el organismo consultante, en Concepto del 23 de agosto de 2005¹ esta Sala ya había tenido oportunidad de señalar que la obligatoriedad de las sentencias judiciales se produce desde su ejecutoria y no con la comunicación posterior de las mismas por la secretaría de la respectiva corporación judicial:

“En cuanto a la notificación el artículo 174 ibíd., precisa que la sentencia se notifica personalmente a las partes, o por medio de edicto, en la forma prevista en el artículo 3235612 del Código de Procedimiento Civil tres (3) días después de haberse proferido y que al Ministerio Público debe siempre notificarse personalmente. Recuérdese que es la notificación el acto procesal vinculante que pone en conocimiento de las partes el contenido de la decisión judicial.

El artículo agrega que “Una vez en firme la sentencia deberá comunicarse con copia íntegra de su texto, para su ejecución y cumplimiento”. La comunicación a que se refiere el precepto anterior, ha de entenderse en armonía con lo previsto en el artículo 173, que parte del supuesto de la existencia de una autoridad a la que corresponde ejecutar la sentencia de acuerdo con el contenido de la misma, para lo cual dentro de los 30 días siguientes, ha de adoptar las medidas tendientes a su ejecución. Es claro que la sentencia que resuelve una acción de simple nulidad tiene un carácter declarativo, no de condena, y por tanto, en estos casos las medidas que debe adoptar la autoridad se predicen solo para efectos de su cumplimiento, y no propiamente para su ejecución, pues el fallo no contiene decisiones de esta naturaleza.

Ahora bien, la comunicación para los efectos de la ejecución y cumplimiento, no debe confundirse con el fenómeno jurídico de la ejecutoria o firmeza de la sentencia y con las consecuencias que esta produce. De hecho, la comunicación presupone la existencia de la ejecutoria de la sentencia y es una formalidad que, por lo tanto, carece de la virtualidad de posponer la iniciación del cumplimiento o ejecución de la sentencia.

Para la Sala es evidente que como quiera que la entidad que profirió el acto nulo fue oída y vencida dentro del proceso, fue notificada y por tanto conoce la decisión. No puede entonces, válidamente, ampararse en la eventual ausencia de comunicación para sustraerse al efecto de

¹ M. P. Gustavo Aponte Santos, rad. 2005-1672.

la ejecutoria, que es la obligatoriedad de la decisión judicial para los particulares y la administración a partir de ese momento (Arts. 174 y 175 del C. C. A.)” (Se resalta).

2. La Sala reitera lo señalado en dicha oportunidad, pues es claro que los efectos de las sentencias nacen con su ejecutoria, tal como lo dispone expresamente el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo al señalar que “*las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias para los particulares y la administración*”.

En ese sentido se recuerda que la comunicación de las sentencias a que alude el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo² no condiciona la obligatoriedad de la sentencia ni sus efectos, pues su razón de ser no está relacionada con la fuerza vinculante de la providencia judicial, sino con la necesidad de acelerar los actos de ejecución que se deriven de la misma, para lo cual la norma en cuestión da un plazo perentorio a la Administración contado desde la referida comunicación; es así que el beneficiario de la sentencia puede solicitar su cumplimiento y el pago de los intereses moratorios desde su ejecutoria (art. 177), a lo cual la Administración no podrá oponer la falta de comunicación secretarial de la providencia judicial como excusa para no adelantar de inmediato los trámites de pago a que hubiere lugar.

3. Téngase en cuenta, como lo señaló la Sala en los apartes arriba transcritos, que las entidades públicas son parte del proceso judicial en que se discuten sus actos, de manera que conocen los resultados del mismo por los medios de notificación previstos en la legislación procesal; en consecuencia, sin perjuicio de los plazos que da la ley cuando sea necesario ejecutar actos materiales para el cumplimiento de la sentencia (art. 176 C. C. A.), los efectos jurídicos de la misma se producen con su ejecutoria (artículo 174 ibídem) y, por tanto, deberán ser observados por la entidad una vez se produzca dicha circunstancia.

Particularmente, en el caso de los actos administrativos de carácter general, la ejecutoria de la sentencia que declara su nulidad conllevará su desaparición definitiva del ordenamiento jurídico (efectos *erga omnes*, art. 175 C. C. A) y, por ende, la imposibilidad de ser fuente jurídica para la expedición de nuevos actos derivados del mismo. **De mucho antes esta Sala ya había indicado que la sentencia que declara la nulidad de un acto “tiene la virtud de retirar desde su ejecutoria el precepto acusado de la normación jurídica para impedir que se siga aplicando”³.**

Es por ello que los actos expedidos con anterioridad a la declaratoria de nulidad del acto fuente decaerán (perderán eficacia –art. 66-2 C. C.); y los que se expidan con posterioridad estarán afectados directamente en su validez, en el grado o proporción en que el acto anulado haya fundamentado su expedición; en este último evento, si el acto previamente anulado era la única fuente normativa del acto derivado, este se verá afectado en su integridad; pero si el acto derivado tiene diversos fundamentos normativos, es posible que la anulación de uno solo ellos apenas afecte de manera parcial el acto derivado. Tal situación deberá analizarse en cada caso particular.

2 “Artículo 176. Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento. “

3 Concepto del 5 de abril de 1968, M. P. Guillermo González Charry.

4. Pues bien, en el asunto puesto a consideración de la Sala se observa que mediante sentencia del 30 de junio de 2011, notificada por edicto fijado entre el 22 y el 26 de julio del mismo año⁴, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad del artículo 7° de la Ordenanza 0066 de 1999, por la cual se expide el Reglamento de la Asamblea Departamental de Antioquia. El artículo anulado señalaba:

“Artículo 7. El periodo de la Mesa Directiva de la Asamblea será de seis (6) meses y puede ser reelegida. Aprobada la presente ordenanza se procederá a elegir y posesionar la nueva Mesa Directiva, la cual ejercerá sus funciones hasta el 31 de diciembre de 1999.

Parágrafo 1, El periodo del Secretario General será el correspondiente a la Mesa Directiva y puede ser reelegido (...).”

Frente a esta disposición, el Tribunal Administrativo de Antioquia consideró que resultaban aplicables, por analogía, los artículos 147 de la Constitución Política⁵ y 40 de la Ley 5 de 1992⁶ referentes al periodo anual de las mesas directivas del Congreso. Con base en ellos concluyó:

“De conformidad con las normas citadas, es claro que el periodo de los miembros de las mesas directivas no puede ser inferior a un año, y además de ello, no podrán ser reelegidos. Por lo tanto, es evidente que existe una flagrante contradicción entre el artículo 7° demandado subsidiariamente por el actor y lo señalado por la Constitución y la ley, razón por la cual será declarado nulo”.

5. Por tanto, una vez ejecutoriada la sentencia en agosto de 2011 surgían dos consecuencias inmediatas para la Asamblea Departamental de Antioquia: i) el deber de adaptar el reglamento interno de la Corporación; y ii) sujetar las futuras elecciones de mesa directiva a periodos anuales y no semestrales como se venía haciendo con base en la disposición anulada.

Cabe señalar que esta sentencia no pone en duda la existencia misma de la mesa directiva ni afecta la facultad de la Asamblea para hacer la designación de sus dignatarios, aspectos estos que tienen otras fuentes normativas que la decisión judicial no involucra⁷.

6. Ahora bien, definido el carácter vinculante de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia desde su ejecutoria, a la Sala le correspondería ocuparse de las preguntas 2 y 3 que se refieren a la actuación que debería seguir la Asamblea Departamental de Antioquia frente a la elección de mesa directiva que hizo el 2 de enero de 2012 para un periodo de apenas seis (6) meses. Se pregunta por el organismo consultante si esa elección debería dejarse sin efectos o si la Asamblea debería hacer una nueva elección para un periodo anual.

4 Revisado el sistema de información de la Rama Judicial se confirma que la sentencia fue notificada por edicto entre el 22 de julio de 2011 y el 26 de julio de 2011 y no fue apelada, con lo cual estaba debidamente ejecutoriada desde agosto de 2011.

5 “Artículo 147. Las mesas directivas de las cámaras y de sus comisiones permanentes serán renovadas cada año, para la legislatura que se inicia el 20 de julio, y ninguno de sus miembros podrá ser reelegido dentro del mismo cuatrienio constitucional”.

6 “Artículo 40. Composición, periodo y no reelección. La Mesa Directiva de cada Cámara se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos separadamente para un periodo de un año y a partir del 20 de julio (...) Ningún Congresista podrá ser reelegido en la respectiva Mesa Directiva dentro del mismo cuatrienio constitucional. Las Mesas Directivas de las Cámaras, y de sus Comisiones, serán renovadas cada año, para la legislatura que se inicia el 20 de julio, y ninguno de sus miembros podrá ser reelegido dentro del mismo cuatrienio constitucional (...).”

7 Particularmente, el artículo 6 del mismo Reglamento de la Asamblea Departamental de Antioquia dispone que en el acto de instalación de la Asamblea se designará a su Presidente, a dos (2) vicepresidentes y al Secretario General. Por su parte, el artículo 7° anulado disponía que dicha elección se hacía por periodos de seis meses reelegibles.

Sin embargo, la Sala encuentra que actualmente carece de objeto responder a esos interrogantes, pues según lo informado por esa Corporación y tal como aparece en su sede electrónica⁸, el 21 de febrero de 2012 la Asamblea Departamental de Antioquia realizó una nueva elección de mesa directiva para un periodo de un año, en acatamiento al fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia. Dada esa situación, no es del caso entonces que la Sala se pronuncie sobre tales aspectos.

En todo caso se advierte que en adelante y mientras no cambie la jurisprudencia o sea objeto de revisión por el Consejo de Estado en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción, se deberá proceder de conformidad con la regla de periodos anuales fijada en sentencia que ha dado origen a esta consulta.

LA SALA RESPONDE:

“PRIMERO. ¿Es aplicable a la Mesa Directiva elegida el 2 de enero de 2012 la sentencia del Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia, esto es, el periodo de un año?”

Respuesta. Efectivamente, la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 30 de junio de 2011, que declaró la nulidad del artículo 7° de la Ordenanza 016 de 1999, debía ser tenida en cuenta por la Asamblea Departamental de Antioquia a partir de su ejecutoria en agosto de 2011.

En consecuencia, a partir de ese momento, la elección de mesas directivas debe hacerse por 1 año.

SEGUNDO. ¿Se requiere algún acto administrativo posterior por parte de la H. Asamblea Departamental para dar aplicación a la referida sentencia?”

TERCERO. ¿Sería válido que la Asamblea departamental procediera a dejar sin efectos la elección de la mesa directiva actual y procediera a elegir una nueva mesa con el pretexto del cumplimiento de la sentencia mencionada?”

Respuesta. Dado que la Asamblea Departamental de Antioquia ya hizo una nueva elección de mesa directiva para un periodo de un (1) año, no hay lugar a responder estas preguntas.

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 Huerzas, Secretaria de la Sala.

⁸ www.asambleadeantioquia.gov.co/: En Boletín de Prensa del 21 de febrero de 2012 se registra la nueva elección de mesa directiva por periodo de un (1) año y en Boletín de Prensa del 22 de febrero de 2012 se registra la posesión de la nueva mesa directiva. En la página principal aparece enlace a la conformación de la mesa directiva actual donde se registra también la nueva elección que reemplaza la del 2 de enero de 2012.

2. Asambleas Departamentales. Autorización al gobernador para contratar. Límites.

Radicado 2284

Fecha: 18/05/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

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

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre la autorización que deben dar las asambleas departamentales a los gobernadores para la celebración de contratos (artículo 300-9 C. P.). En particular, se consulta el alcance de la referida autorización y la posibilidad de hacer extensivos a esa autorización los pronunciamientos que en la misma materia han sido proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil para los municipios.

I. Antecedentes

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

1. El artículo 300 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo n.º 1 de 1996, le asigna a las asambleas departamentales, entre otras, las siguientes funciones: “1. *Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del Departamento*” y, “9. ***Autorizar al gobernador del departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas departamentales***”.

2. El Decreto 1222 de 1986¹, por el cual se regula la organización y el funcionamiento de los Departamentos, señala en su artículo 33 que las Asambleas Departamentales “*expedirán el respectivo reglamento para su organización y funcionamiento*”; y el artículo 60 del mismo estatuto establece como una de las atribuciones de ese cuerpo colegiado la de “***autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas***”, facultad que coincide literalmente con lo establecido en el artículo 300-9 de la Constitución Política de 1991.

4. Por su parte, el artículo 305-3 de la Constitución señala que los gobernadores dirigen la acción administrativa del Departamento y el artículo 11 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública otorga a los gobernadores de los departamentos la competencia necesaria para dirigir licitaciones y celebrar contratos estatales.

5. La entidad consultante pregunta entonces cuál es el alcance de la *autorización* que deben dar las asambleas departamentales al gobernador para contratar y si para tal efecto se pueden

¹ “Por el cual se expide el Código del Régimen Departamental”.

aplicar los conceptos emitidos por esta Sala cuando ha estudiado la autorización que deben otorgar los concejos municipales a los alcaldes para esos mismos efectos (artículo 313-3 C. P.).

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

“1. ¿Teniendo en cuenta las disposiciones señaladas, es requisito para la celebración de contratos por parte de los gobernadores tener previamente la autorización expresa de las respectivas asambleas?”

2. ¿En el evento de no haberse reglamentado el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política sería viable aplicar los pronunciamientos proferidos por esta Corporación en relación con la autorización para la celebración de contratos por parte de los alcaldes?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la presente consulta se refiere a la autorización que según la Constitución Política deben dar las asambleas departamentales a los gobernadores para la celebración de contratos (artículo 300-9 C. P.). En particular, se consulta el alcance de la referida autorización y la posibilidad de hacer extensivos a nivel departamental los pronunciamientos que en esa misma materia han sido proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil para los municipios, especialmente en cuanto a que ese tipo de autorizaciones no tienen carácter absoluto y deben ser interpretadas en consonancia con las competencias asignadas a otras autoridades de la entidad territorial.

Aun cuando la consulta no lo menciona, la Sala llama la atención sobre el hecho de que el artículo 300-9 de la Constitución Política no solamente tiene su paralelo en el Artículo 313-3 superior (atribuciones de los concejos municipales), sino también en el artículo 150-9 de la misma Carta, el cual establece que corresponderá al Congreso *“9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales”*. Esta precisión es importante porque permite tener como referentes de esta consulta lo señalado tanto para municipios como para el Gobierno nacional.

En este orden, la Sala revisará: (i) el artículo 150-9 de la Constitución Política y el alcance de la autorización del Congreso al Gobierno para celebrar contratos; (ii) el artículo 313-3 Superior y la doctrina de la Sala sobre la autorización de los concejos municipales a los alcaldes para contratar; (iii) el alcance del artículo 300-9 de la Constitución Política; y (iv) la respuesta a los interrogantes planteados.

2. El artículo 150-9 de la Constitución Política y la autorización del Congreso de la República al Gobierno para celebrar contratos

2.1 Los tipos de autorizaciones para contratar previstos en la Constitución Política: carácter excepcional de la autorización del artículo 150-9 Superior

En el orden nacional existen tres normas de la Constitución Política que resultan especialmente relevantes en esta materia:

- El artículo 150-9, según el cual corresponde al Congreso “*conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales*”.

- El artículo 150-14 que le asigna al Congreso la función de “*aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa*”.

- El último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, conforme al cual “*compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*” (se resalta).

A partir de estas disposiciones la Corte Constitucional ha diferenciado tres tipos de autorizaciones diferentes para contratar:

“*En conclusión, el constituyente distinguió las nociones de autorización previa general (artículo 150 inciso final), autorización previa especial (artículo 150.9), y aprobación posterior (artículo 150.14) de los contratos, a la luz de la Carta de 1991*”.

Frente a cada una de estas autorizaciones, la jurisprudencia ha hecho a su vez las siguientes precisiones:

a. Autorización general para contratar. Corresponde a la parte final del artículo 150 C. P. y se desarrolla en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). Se extiende a todas las entidades del Estado a las que se aplica dicho estatuto³ y es: “*general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción de las necesidades del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones*”⁴.

Según la Corte Constitucional esta autorización general para contratar se relaciona con la Ley Orgánica de Presupuesto, la cual “ *fija la capacidad de todos los entes estatales para contratar*”⁵ (artículo 352 C. P.), y tiene importancia porque: “*(...) permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley*”⁶. (Se resalta)

b. Autorización especial y previa. Regulada en el artículo 150-9 de la Constitución Política, tiene paralelo, precisamente, en los artículos 300-9 y 313-3 que son objeto de análisis. Aclara

2 Sentencia C-449 de 1992. Esta doctrina aparece desarrollada también, entre otras, en las Sentencias C-339 de 2002 y 393 de 2012. Ver también Sentencia C-1250 de 2001.

3 Sentencia C-449 de 1992: “Se observa que esta norma tiene dos partes: de un lado debe haber un estatuto general de contratación -1ª parte- y de otro lado debe existir un estatuto especial de contratación para la Nación -2ª parte-. La primera parte estaría entonces destinada a todo el Estado, esto es, a todas las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, mientras que la segunda solo se dirige al nivel nacional”.

4 Sentencia C-449 de 1992.

5 Ibidem.

6 Sentencia C-086 de 1995.

la jurisprudencia que lo dispuesto en el artículo 150-9 no comporta la necesidad de una nueva autorización general para contratar, pues solo es exigible en los casos especiales en que el legislador lo prevea expresamente:

“Ahora bien, la gran amplitud y generalidad de los términos empleados por la norma superior en comento, entre ellos los de autorizaciones, celebración de contratos y enajenación de bienes nacionales, y por lo mismo su ambigüedad, ha llevado a esta corporación a aclarar el sentido que a esas expresiones debe atribuirse, a los efectos previstos en la referida norma constitucional.

(...) en la referida Sentencia C-086 de 1995 esta corporación explicó que la autorización especial de que trata el numeral 9° del artículo 150 superior deberá tramitarse solo en aquellos casos en que la misma ley así lo exija, ya que la Constitución de 1991, pese a haber mantenido ese mecanismo, se abstuvo de regular en qué hipótesis aquél sería necesario. Así las cosas, ha explicado la Corte, que la autorización legislativa requerida para la celebración de contratos es en general la que resulta del último inciso de ese artículo 150, que ya ha sido dada por el Congreso mediante la expedición de la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, a partir de lo cual no podría entenderse que el Gobierno debe solicitar ni el Congreso expedir, una específica ley de carácter autorizatorio cada vez que el primero busque llevar a cabo alguna de esas operaciones, como sería la celebración de un específico contrato, la enajenación de un determinado activo perteneciente a la Nación, etc.”⁷ (Se resalta)

Por tanto, la forma amplia y general en que está redactado el Artículo 150-9 de la Constitución Política (como lo están los artículos 300-9 y 313-3 sobre cuyo alcance se consulta) no permite entender que todos los contratos del Gobierno nacional deban ser aprobados nuevamente por el Congreso de la República, ya que con ese fin ha sido expedido el Estatuto General de Contratación Pública.

Se trata en consecuencia de una autorización “**previa excepcional**”⁸ para casos especiales fijados por la propia ley, con la clara restricción de que el Congreso de la República no puede “convertir en regla general el requisito de autorizaciones expresas (C. P., artículo 150-9)”⁹ y que mediante “una ley de autorizaciones el Congreso solamente debe expresar su consentimiento o desacuerdo frente a un contrato, pero no está facultado para ordenar su celebración”¹⁰

c. Una especial y posterior (artículo 150-14 C. P.). Solo opera en casos excepcionales de evidente necesidad nacional y no tiene paralelo en los niveles departamental o municipal.

En síntesis, sobre la forma en que se armonizan los diferentes tipos de autorizaciones para contratar previstos en la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Así, un primer tipo de autorización está dada en virtud del inciso final del artículo 150 de la Carta, de carácter amplio y referida al estatuto general de la contratación; en segundo lugar es-

7 Sentencia C-393 de 2012.

8 “La autorización especial de que trata el artículo 150.9 es excepcional y debe contener los elementos de generalidad e impersonalidad, como toda ley, salvo que se señale al contratista en el caso en que este sea la única persona natural o jurídica que pueda desarrollar el objeto propio del contrato. De lo contrario se violaría el principio de imparcialidad (artículo 209), que garantiza la igualdad (artículo 13) de todos para participar en la contratación pública”. (Sentencia C-449 de 1992)

9 Sentencia C-339 de 2003, basada a su vez en Sentencia C-086 de 1995.

10 Sentencia C-339 de 2003, basada a su vez en Sentencia C-466 de 1997.

tán las autorizaciones concretas para celebrar ciertos contratos específicos, a las cuales hacen referencia los artículos 150-9 y 154 de la Constitución, que son precisamente las que requieren de la iniciativa o del aval del Gobierno para su validez; y finalmente, existen las autorizaciones posteriores mediante las cuales el Congreso convalida un contrato que, por razones de urgencia o necesidad, fue suscrito por el Gobierno sin la previa autorización del Legislador (C. P. artículo 150-14)”¹¹.

2.2 Conclusiones relevantes para la presente consulta

De lo señalado hasta ahora resulta especialmente relevante para la presente consulta lo indicado en relación con los dos primeros tipos de autorizaciones revisados: la autorización previa general para contratar derivada de la parte final del artículo 150 y la autorización previa y excepcional del artículo 150-9, que es la que encuentra su paralelo en los artículos 300-9 (objeto de consulta) y 313-3 (revisado en conceptos anteriores). El tercer tipo de autorización (especial y posterior) no está prevista para los departamentos y municipios y no es objeto de consulta, por lo que no es necesario detenerse en ella.

En particular, por su importancia para el asunto analizado, la Sala considera necesario retener:

(i) La función del Estatuto General de Contratación Pública como norma que contiene *la autorización general* requerida por las entidades estatales para contratar, incluidas las descentralizadas territorialmente y por servicios.

Esta autorización general, derivada de la parte final del artículo 150 de la Constitución Política, impide considerar que el Gobierno nacional, los gobernadores o los alcaldes requieren una nueva o periódica autorización general de las corporaciones de elección popular (Congreso de la República, asambleas departamentales y concejos municipales, respectivamente) para contratar.

(ii) El carácter excepcional (solo para los casos en que se exija expresamente) de la autorización para contratar a que hace referencia el artículo 150-9 de la Constitución Política. Trasladado ese mismo carácter a las normas territoriales equivalentes (artículos 300-9 y 313-3 C.P.), permitirá concluir, como ya se ha hecho por esta Sala para los municipios¹² y se verá en relación con los departamentos, que los alcaldes y gobernadores solo deben solicitar autorización de los concejos municipales y de las asambleas departamentales, respectivamente, cuando la ley así lo disponga.

3. La doctrina de la Sala de Consulta en relación con la autorización de los concejos municipales a los alcaldes para celebrar contratos

El mismo problema jurídico que ahora se consulta a nivel departamental, ha sido revisado por la Sala con base en lo que establecen para los municipios los artículos 313-3 de la Constitución Política –cuando dispone que corresponderá a los concejos municipales “3º) Autorizar

¹¹ Sentencia C-339 de 2003.

¹² Conceptos 2215 de 2014 y 2230 y 2238 de 2015.

al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponde al concejo”-, y 38 de la Ley 136 de 1994, que señala:

“**Artículo 32**¹³. Atribuciones. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la Ley, son atribuciones de los concejos las siguientes: (...) 3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, **señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.** (...)”

Parágrafo 4º. De conformidad con el numeral 30 del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:

1. Contratación de empréstitos.
2. Contratos que comprometan vigencias futuras.
3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.
4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.
5. Concesiones.
6. Las demás que determine la ley”. (Se resalta).

Con la misma lógica argumentativa utilizada por la Corte Constitucional al estudiar el artículo 150-9 de la Constitución Política (*infra*, 2.1), la Sala de Consulta aclaró el alcance de la autorización que deben dar los concejos municipales al alcalde para contratar de acuerdo con el artículo 313-3 Superior. En sus Conceptos 2215 de 2014 y 2230 y 2238 de 2015¹⁴ precisó de manera particular lo siguiente:

a) *La potestad de los concejos municipales no puede ser interpretada de manera aislada y sin consideración a las competencias de los alcaldes y a la autorización para contratar que les da la Ley 80 de 1993.* El verdadero sentido del artículo 313-3 de la Constitución Política solo se logra a partir de una lectura sistemática de las normas constitucionales y legales que regulan las competencias tanto de los concejos municipales como de los alcaldes, en consonancia con las normas de contratación pública y presupuestales, y con los principios de la función administrativa. Entre todas estas disposiciones debe operar un *principio de articulación* y no de exclusión o anulación.

La Sala advirtió especialmente que de conformidad con el Estatuto de Contratación Pública y las normas orgánicas de presupuesto, el alcalde ha sido autorizado por el legislador para contratar y representar legalmente al municipio¹⁵, de modo que la función constitucional de

13 Modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012.

14 Estos conceptos tienen como antecedentes los Conceptos 1371 de 2001 y 1889 de 2008, y la Sentencia C-738 de 2001, en la cual la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 136 de 1994 y precisó el alcance del artículo 313-3 de la Constitución Política.

15 Concepto 2238 de 2015: “1.1. Los alcaldes tienen competencia constitucional y legal propia para suscribir contratos. De conformidad con los artículos 315-3 de la Constitución Política, 11-3 de la Ley 80 de 1993, 91-D-5 de la Ley 136 de 1994 y 110 del Decreto 111 de 1996, por regla general los alcaldes

los concejos municipales no puede anular las competencias de los alcaldes o permitir una intromisión indebida en ellas.

b) *El alcance de la expresión “autorizar al alcalde para contratar” debe atender también la diferente naturaleza de las funciones que cumplen los concejos municipales y los alcaldes. Así, mientras los primeros son corporaciones públicas de representación popular que como tal ejercen un papel de planeación, reglamentación y control político a nivel local, los segundos son órganos ejecutores, responsables de la realización de los presupuestos, la prestación efectiva de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades locales. Por tanto, no cabría una interpretación que desdibujara ese reparto funcional y convirtiera a la corporación local en un órgano permanente de ejecución de la contratación municipal.*

c) *Las corporaciones públicas de elección popular no pueden intervenir en los procesos de contratación. Como se recordó en Concepto 2230 de 2015, el artículo 25-11 de la Ley 80 de 1993 establece expresamente que “las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación”, lo que ratifica que el mandato constitucional sobre la “autorización” de los concejos municipales a los alcaldes para contratar, en ningún caso podría significar el derecho o facultad de esas corporaciones de convertirse en instancias permanentes de la contratación territorial.*

d) *Las funciones de las corporaciones públicas territoriales son de naturaleza administrativa. En consecuencia, en ejercicio de sus competencias de “reglamentación” de los asuntos locales los concejos municipales “no pueden legislar o expedir normas en materia contractual”¹⁶ ni mucho menos “modificar o adicionar el Estatuto General de Contratación Pública”¹⁷.*

e) *La Constitución Política no tiene previsto ni permite “bloqueos institucionales” que paralizen la contratación local e impidan la satisfacción de las necesidades municipales. En consecuencia, la interpretación de que cada año o periodo de sesiones el concejo municipal debe autorizar al alcalde para suscribir contratos, de modo que si esa autorización no se produce la contratación del municipio se paraliza, “es constitucional y legalmente incorrecta”, pues “desconoce las facultades contractuales y de ejecución presupuestal del alcalde” y resulta “contraria a los principios de eficiencia, transparencia, celeridad y economía que orientan la actuación administrativa (artículos 209 C. P. y 3º de la Ley 489 de 1998)”¹⁸.*

Así, en el Concepto 1889 de 2008 se advirtió que aquellos intentos de bloqueo institucional por parte de las corporaciones locales podrían dar lugar a responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal de sus miembros¹⁹.

tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal...”.

16 Concepto 2215 de 2014.

17 Ibidem.

18 Concepto 2238 de 2015.

19 “Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto a lo largo de esta consulta, la Sala observa que frente a los artículos 313-3 de la Constitución Política y 32-3 de la Ley 136 de 1994, lo decidido por el concejo municipal de Yopal de sujetar todos los contratos a su autorización permanente, así como el hecho de omitir reglamentar la materia y, además, de exigir informes permanentes a los alcaldes sobre la contratación municipal, no solo podría ser irrazonable, sino que también podría estar violando los principios de la función administrativa (en especial los de eficiencia y eficacia), al tiempo que desbordaría los límites e sus atribuciones y desconocería el ámbito competencial propio del alcalde municipal de esa ciudad. Por tanto, la Sala considera que en el caso consultado se podría estar eventualmente en presencia de faltas disciplinarias (...)” (Concepto 1889 de 2008).

f. Conclusión: la regla general es la facultad del alcalde para contratar y la excepción la necesidad de obtener autorización previa del concejo municipal. Con base en las anteriores consideraciones, la Sala concluyó que el artículo 313-3 de la Constitución Política solamente regula *una autorización previa excepcional*, como quiera que la Ley 80 de 1993 y el Estatuto Orgánico de Presupuesto le confieren al alcalde la capacidad suficiente para representar al municipio y suscribir los contratos necesarios para el funcionamiento de la administración local.

La Sala advirtió entonces que el artículo 313-3 Superior no ordena que todos los contratos suscritos por el alcalde deban ser consentidos previamente por el concejo municipal, ni a través de una autorización previa general (anual o periódica) ni de una individual para cada uno de los contratos del municipio. De esta manera se revaluó la tesis de que los alcaldes no podían contratar hasta que los concejos municipales expidieran cada año el acuerdo que les otorgara dicha habilitación, situación que evita paralizar la contratación municipal y eventuales presiones de esas corporaciones públicas hacia el alcalde.

Al tratarse de una autorización excepcional (como la del artículo 150-9 de la C. P.), la Sala señaló que el alcalde solo necesitará de ella:

(i) en los casos en que la ley lo exige expresamente (parágrafo del artículo 38 de la Ley 136 de 1994) y

(ii) para los demás contratos respecto de los cuales el concejo municipal, en ejercicio de la autonomía local, lo haya establecido previamente mediante acuerdo, según lo permite expresamente el numeral 3 del artículo 38 *ibídem*. En relación con este último aspecto la Sala aclaró que el hecho de que el legislador estableciera una lista de contratos sometidos a la autorización previa del concejo municipal, no era impedimento para que esta corporación pudiera someter a ese mismo requisito otros contratos adicionales, siempre que, claro está, se respetara el principio de excepcionalidad que rige este tipo de autorizaciones previas. Cabe advertir, como adelante se verá, que esta posibilidad no existe en el nivel departamental pues no hay una norma equivalente al artículo 32 de la Ley 136 de 1994 que lo permita.

g. Aspectos especialmente relevantes para la presente consulta. De lo señalado en este capítulo, la Sala resalta cómo también en el plano local la Ley 80 de 1993 constituye la autorización general que los alcaldes necesitan para contratar, de modo que a pesar de su aparente amplitud, la potestad constitucional del concejo municipal de *“autorizar al alcalde para contratar”* (artículo 313-3) es *de carácter excepcional* y solo aplica para los casos en que la ley o esa misma corporación local lo hayan señalado expresamente.

La Sala destaca también, como se estudió en el Concepto 2214 de 2015, que la facultad de los concejos municipales de someter a su autorización previa otros contratos adicionales a los establecidos en la ley tiene fundamento normativo expreso, en particular en la primera parte del numeral 3 del artículo 38 de la Ley 136 de 1994, según el cual dicha corporación tiene competencia para *“reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo”*. En todo caso, con la advertencia de que no es una potestad absoluta y se rige, como se ha reiterado, por un principio de excepcio-

alidad²⁰, pues “los concejos municipales deben actuar con razonabilidad, de modo que solo estén sometidos a ese trámite aquellos tipos contractuales que lo ameriten por su importancia, cuantía o impacto en el desarrollo local”²¹.

Por tanto, tal como lo advirtió la Corte Constitucional en relación con el artículo 150-9 de la Constitución Política, también en el nivel municipal la regla general es la facultad del alcalde para contratar y la excepción la necesidad de obtener autorización previa del concejo municipal:

“1.3 Síntesis: la regla general es la facultad del alcalde para contratar y la excepción es la necesidad de obtener autorización del concejo municipal. Como ha quedado expuesto y puede observarse a través de los diferentes conceptos de esta Sala sobre la materia²², ha habido un cambio paulatino pero radical en la interpretación del artículo 313-3 de la Constitución Política sobre la autorización de los concejos municipales a los alcaldes para contratar.

En efecto, si bien en un principio se pensaba que el alcalde no podía contratar mientras que el concejo municipal no lo autorizara para tales efectos, lo que usualmente se traducía en el convencimiento de que era necesario obtener por el alcalde un acuerdo municipal anual que le otorgara dicha habilitación, actualmente es claro que esa interpretación no es la que corresponde al análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia; por el contrario, debe entenderse según los artículos 313-3 de la Constitución y 32 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con los artículos 315-3 de la Constitución Política, 11-3 de la Ley 80 de 1993, 91-D-5 de la Ley 136 de 1994 y 110 del Decreto 111 de 1996, que los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal, salvo para los casos que así (i) lo haya previsto la ley; o (ii) lo haya dispuesto el concejo municipal expresamente mediante acuerdo.

De este modo, en caso de silencio de la ley o en ausencia de acuerdo que someta un determinado contrato a autorización previa del concejo municipal, habrá de entenderse que el alcalde puede celebrarlo, sin necesidad de tal autorización, con base en sus facultades constitucionales y legales en materia contractual”²³.

4. El alcance del artículo 300-9 de la Constitución Política en relación con la autorización de las Asambleas Departamentales a los Gobernadores para contratar

4.1 Contexto general

La presente consulta se origina en el artículo 300-9 de la Constitución Política que de manera similar a lo dispuesto en los artículos 150-9 y 313-3 de la misma Carta, señala lo siguiente:

20 Concepto 2215 de 2014: “En síntesis, la atribución del concejo municipal de señalar qué contratos requerirán su autorización, está regido por un principio de excepcionalidad, según el cual solo están sujetos a un trámite de autorización previa aquellos contratos que determine la ley o que excepcionalmente establezca el concejo municipal cuando tenga razones suficientes para ello”.

21 Concepto 2215 de 2014. En la Sentencia C-738 de 2001 la Corte Constitucional también había señalado que: “Asimismo, deberán tener en cuenta los concejos municipales que, en tanto función administrativa, la atribución que les confiere la norma que se analiza debe ser ejercida en forma razonable y proporcionada”.

22 Conceptos 1371 de 2001 y 1889 de 2008 y, recientemente, en los radicados con los números 2215 de 2014 y 2230 de 2015.

23 Concepto 2238 de 2015.

“ARTÍCULO 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

9. Autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales”.

Por su parte, el artículo 60 del Decreto Extraordinario 1222 de 1986²⁴, que no ha sido modificado con posterioridad a la Constitución Política de 1991²⁵, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 60. Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas: (...)”

10. Autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas”.

Como se observa, esta disposición no adiciona el contenido del artículo 300-9 de la Constitución. Ambas normas son en esencia idénticas y solo se diferencian en que la Constitución habla del “Gobernador del Departamento” en tanto que el Decreto 1222 de 1986 se refiere al “Gobernador”, y en que este último decreto utiliza la expresión “bienes departamentales” en tanto que la Constitución únicamente alude a “bienes”. Se trata por tanto de diferencias accidentales que no son relevantes para resolver la presente consulta y que permiten hacer el análisis del problema planteado a partir del texto constitucional directamente.

Hechas estas aclaraciones puede verse que el artículo 300-9 de la Constitución Política, similar en su redacción a los artículos 150-9 y 313-3 de la misma Carta, exige la autorización de la Asamblea Departamental para las siguientes actuaciones del Gobernador: (i) *celebrar contratos*; (ii) *negociar empréstitos*; (iii) *enajenar bienes*; y (iv) *ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales*. La precisión utilizada en los últimos tres eventos no presenta problema, de modo que siempre que el Gobernador requiera negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer facultades propias de la asamblea departamental deberá obtener autorización previa de esta corporación²⁶.

El interrogante se plantea por tanto en relación con la *autorización para celebrar contratos*, recogida además en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993²⁷, pues al igual que sucede en el nivel nacional y municipal, la aparente amplitud de la expresión utilizada por la Constitución pare-

24 Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental.

25 Como ha advertido la Corte Constitucional, la expedición de la Constitución Política de 1991 no produjo la derogatoria en bloque de la legislación anterior, la cual seguirá vigente en lo que no sea incompatible materialmente con aquella: “3.1. De acuerdo con lo establecido por esta Corporación en abundante y reiterada jurisprudencia, para efectos de analizar la vigencia de la regulación preconstitucional, es decir, de la normatividad que hacía parte del ordenamiento jurídico imperante al momento de la expedición de la actual Carta Política, es imprescindible tener en cuenta dos postulados básicos, a saber: (i) la regla del efecto general e inmediato de la Constitución del 91, y (ii) la regla de la presunción de subsistencia de la legislación preexistente (...) Respecto a la segunda regla, la referida a la vigencia de la legislación preexistente, ha dicho esta Corte que en ella se satisfacen de manera distinta el principio de seguridad jurídica y certidumbre, ya que el criterio constitucional dominante es el que reconoce que la derogatoria expresa de la Constitución de 1886 por el artículo 380 de la actual Carta Política, no conlleva una eliminación en bloque del ordenamiento jurídico anterior. Para este Tribunal, en la medida que el nuevo Estatuto Superior no consagró una cláusula general o especial de derogatoria de la normatividad preconstitucional, lo que hace su normatividad es producir un efecto retrospectivo sobre la legalidad preexistente, que implica proyectarle en forma automática todos sus mandatos superiores, de modo que aquella solo está condenada a desaparecer cuando sus normas no armonicen con las nuevas reglas constitucionales o cuando hayan sido modificadas o sustituidas por estas últimas”. (Sentencia C-571 de 2004).

26 Concepto 1077 de 1998.

27 “Artículo 25. (...) De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9 y 313, numeral 3, de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos”.

cería exigir la autorización previa de las asambleas departamentales para todos los contratos que suscriban los gobernadores, con lo cual dichas corporaciones de elección popular funcionarían como una instancia más de la contratación de la entidad territorial.

Para resolver si la norma constitucional tiene realmente ese alcance o si, por el contrario, resultan aplicables las consideraciones hechas a partir de los artículos 150-9 y 313-3 de la Constitución Política, la Sala revisará la atribución de las asambleas departamentales objeto de estudio y su relación con las competencias que a su vez le han sido conferidas a los gobernadores para dirigir la acción administrativa y contractual del Departamento.

4.2 La atribución de las Asambleas Departamentales de autorizar contratos y su relación con las funciones de los Gobernadores: necesidad de armonización

Tal como sucede con los artículos 150-9 y 313-3 de la Constitución Política, el artículo 300-9 Superior no puede analizarse de manera aislada y sin atención por las competencias que a su vez le han sido asignadas a los Gobernadores para contratar, ejecutar el presupuesto y asegurar la prestación eficiente y oportuna de los servicios a cargo de las entidades territoriales. En particular la Sala considera importante tener en cuenta las siguientes consideraciones, que en esencia siguen la misma lógica constitucional de distribución de competencias en el ámbito nacional y municipal, según lo que se ha analizado anteriormente:

4.2.1. El Gobernador es la autoridad encargada de dirigir la acción administrativa y contractual del Departamento y tiene una autorización general para contratar derivada de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con el artículo 305 de la Constitución Política, son funciones del Gobernador “1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales” y “2. Dirigir y coordinar la acción administrativa del Departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio de conformidad con la Constitución y la ley” (artículo 305 C. P.).

Una de las proyecciones de esta función de dirección y coordinación de la acción administrativa del Departamento se ejerce por el Gobernador en el plano contractual, tal como lo establece el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, que autoriza de forma general a los Gobernadores (no a las Asambleas) para dirigir licitaciones y celebrar contratos en nombre de los Departamentos:

“Artículo 11. De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2°.

3°. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades”. (Negrillas fuera del texto).

Como se observa, la Ley 80 de 1993 le asigna a los gobernadores capacidad suficiente para comprometer contractualmente a la entidad territorial en los términos y condiciones de las normas que regulan la organización y funcionamiento de los Departamentos.

Resulta aplicable entonces lo señalado a lo largo de este concepto, en el sentido de que la Ley 80 de 1993 constituye la autorización general que los gobernadores necesitan para contratar y que, en consecuencia, la autorización a que alude el artículo 300-9 de la Constitución solamente puede tener *carácter excepcional y para los casos en que la ley lo exija expresamente*. Por lo mismo, esta última disposición solo puede entenderse referida a los contratos que no quedan cobijados por aquella autorización general, tal como ya lo había señalado expresamente la Sala en una oportunidad anterior:

“(...) el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 (como lo sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 1995), constituye la autorización general previa para que las entidades estatales puedan contratar (...)

Cuando la autorización para contratar no está dispuesta de manera general en el Estatuto General de la Administración Pública –Ley 80 de 1993–, el órgano representativo de elección popular deberá conceder la autorización previa especial”²⁸.

Por tanto reitera nuevamente la Sala lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 1995 cuando dijo que *“la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley”*, sin perjuicio, como se ha dicho, de que el legislador exija que ese requisito se cumpla en casos especiales²⁹.

En consecuencia, tampoco en el nivel departamental es constitucionalmente admisible una interpretación de la atribución de las asambleas de *“autorizar al gobernador del Departamento para celebrar contratos”* que supedite totalmente la actividad contractual del Departamento a nuevas autorizaciones generales o particulares de la asamblea departamental o que anule o de sin efecto las competencias que en esa materia se le confieren a los gobernadores.

4.2.2. La aprobación del presupuesto anual del Departamento por parte de la Asamblea Departamental ratifica la competencia suficiente del Gobernador para su ejecución y la celebración de los contratos dirigidos a ese fin.

En concordancia con lo señalado en el aparte anterior, el numeral 3 del artículo 300 de la Constitución Política establece que las Asambleas Departamentales tienen la función de aprobar los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas *“con*

28 Concepto 1077 de 1998.

29 En la misma Sentencia C-086 de 1995 la Corte Constitucional indicó: “Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior ‘contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones’”.

la determinación de las inversiones y medidas que se consideren necesarias para impulsar su ejecución y asegurara su cumplimiento” (se resalta).

Igualmente la Constitución ordena que los planes de desarrollo nacionales y de las entidades territoriales estén conformados por una parte estratégica y “un plan de inversiones de mediano y corto plazo” (artículo 339). Respecto de este plan de inversiones la Carta establece que “sus mandatos constituirán mecanismo idóneos para su ejecución” (se resalta, artículo 341 *ibídem*).

Y también corresponde a las Asambleas Departamentales expedir “el presupuesto anual de rentas y gastos” en los términos del artículo 300-5 de la Constitución Política³⁰.

En relación con esto último, el artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto³¹, aplicable a las entidades territoriales³², les reconoce a los órganos que son una sección del presupuesto (los Gobernadores en el caso de los Departamentos) la *capacidad necesaria para contratar, comprometer y ordenar el gasto* correspondiente a las apropiaciones aprobadas en el presupuesto anual de cada organismo:

“Artículo 110. Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes”.

Entonces, la capacidad de contratar, comprometer y ejecutar el gasto son facultades asignadas a los representantes legales y jefes de las entidades del Estado (gobernadores y alcaldes, por ejemplo), de conformidad con “las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes”.

De este modo, cuando las asambleas departamentales aprueban el presupuesto de rentas y gastos del Departamento (artículo 300-5 C. P.), autorizan de suyo, por virtud de la ley, la celebración de los contratos necesarios para la ejecución de sus diferentes partidas. En consecuencia, tampoco desde esta perspectiva podría exigirse (la ley no lo hace) una nueva autorización general o particular para cada uno de los contratos que se derivan del presupuesto

30 “Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas: (...) 5º. Expedir las normas orgánicas de presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos”. En concordancia el Decreto 1222 de 1986: “Artículo 60. Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas: (...) 7. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento, con base en el proyecto presentado por el gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales. (...)”

31 Decreto 111 de 1996 “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto”.

32 C.P. “Artículo 352. Además de lo señalado en la Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”. En concordancia con el Decreto 111 de 1996 que señala: “Artículo 104. A más tardar el 31 de diciembre de 1996, las entidades territoriales ajustarán las normas sobre programación, elaboración, aprobación, y ejecución de sus presupuestos a las normas previstas en la ley orgánica del presupuesto”; y “Artículo 109. Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente (...)”.

aprobado, exigencia que, además, sería contraria a los principios de eficiencia, economía y celeridad que orientan la función administrativa (artículo 209 C. P.)³³.

De modo que, el gobernador debe presentar a la asamblea los proyectos de ordenanza sobre los planes y programas de desarrollo económico y social y el presupuesto anual de rentas y gastos y, por su parte, la asamblea debe expedir (y con ello autorizar) los planes de desarrollo y el presupuesto anual de rentas y gastos. La ejecución de estos últimos corresponde directamente al gobernador, sin que sea necesario volver a las asambleas para nuevas autorizaciones generales que la ley no prevé.

4.2.3 Las Asambleas Departamentales no pueden intervenir en los procesos de contratación

Esta restricción, que ya había sido advertida anteriormente por la Sala respecto de los concejos municipales³⁴, se encuentra prevista expresamente en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que establece categóricamente que las corporaciones de elección popular no intervendrán en los procesos de contratación:

“Artículo 25º.- Principio de Economía: En virtud de este principio:

(...) 11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación”. (Se resalta).

Esto quiere decir, tal como se advirtió en relación con los concejos municipales³⁵, que la atribución de las asambleas departamentales *de autorizar al Gobernador para contratar* tampoco podría interpretarse hasta el punto de entender que dichas corporaciones de elección popular son una instancia permanente de la contratación de la entidad territorial. Por tanto, desde esta perspectiva queda ratificada también la imposibilidad de interpretar que todos los contratos del Departamento deben ser revisados y aprobados por la asamblea departamental, pues eso significaría la *“intervención”* permanentemente de esas corporaciones en la contratación estatal, lo cual, se repite, está prohibido por el Estatuto General de Contratación Pública.

4.2.4. La naturaleza de las funciones de las Asambleas Departamentales no es compatible con una interpretación que someta a su autorización cada uno de los contratos que suscribe el Gobernador

En la misma lógica de lo señalado para los concejos municipales y el alcalde, el alcance de la expresión *“autorizar al gobernador del Departamento para contratar”* debe atender igualmente la diferente naturaleza de las funciones que cumplen las asambleas departamentales y el gobernador.

33 Conceptos 2215 de 2014 y 2238 de 2015. De manera más precisa Salvamento de Voto del Magistrado Enrique Arboleda Perdomo al Concepto 1889 de 2008: *“La autorización general dada por la ley excluye, por supuesto, una nueva autorización general proveniente de los concejos municipales, pues estos como autoridad territorial deben ejercer sus funciones con sujeción a la Constitución y la ley; pero además porque tal autorización devendría en inconstitucional puesto que desconocería los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir el ejercicio de la función administrativa”.*

34 Concepto 2230 de 2015.

35 *Ibidem*.

La Carta Política define a la asamblea departamental como “*una corporación político-administrativa de elección popular*”³⁶; sus miembros, los diputados, tienen la calidad de servidores públicos³⁷; y sus funciones son en esencia de planeación (numerales 2 y 3), reglamentación (numerales 1, 4, 5, 8 y 10), organización de la estructura departamental (6 y 7) y de control político-administrativo (11).

Por su parte, el gobernador es el jefe de la administración seccional y representante legal del departamento. De elección popular, es agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general³⁸. Es por tanto un órgano ejecutor, responsable de la realización del presupuesto, la prestación efectiva de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades locales (artículo 305 C.P.).

Se observa así que las funciones de las asambleas son más de carácter general y organizacionales, mientras que las de los gobernadores se concentran en actuaciones y decisiones ejecutivas y concretas³⁹. Unas y otras se deben desarrollar de acuerdo con los principios constitucionales de colaboración y coordinación en orden a la realización de los cometidos estatales⁴⁰.

En consecuencia, frente al asunto consultado tampoco cabría una interpretación del artículo 300-9 de la Constitución Política que desdibujara ese reparto funcional, anulara las competencias del gobernador o convirtiera a la corporación local en un órgano permanente de ejecución administrativa.

4.2.5. *Las funciones de las asambleas departamentales son de naturaleza administrativa.*

Como parte integral de las normas que podrían tener algún efecto en la presente consulta, el Ministerio del Interior hace referencia al numeral 1 del artículo 300 de la Constitución Política, según el cual las Asambleas Departamentales tienen competencia para “*reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del Departamento*”. También se hace referencia al artículo 33 del Decreto 1222 de 1986 o Código del Régimen Departamental, el cual establece que “*las asambleas expedirán el respectivo reglamento para su organización y funcionamiento*”.

En relación con estas disposiciones, la Sala ratifica lo señalado para los concejos municipales, en el sentido de que la potestad de “*reglamentación*” asignada a las corporaciones locales es de naturaleza administrativa y se encuentra sujeta a la Constitución y la ley:

36 Acto Legislativo n.º 1 de 2007 (junio 27), “por medio del cual se modifican los numerales 8 y 9 del artículo 135, se modifican los artículos 299 y 312, y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia”. Diario Oficial n.º 46.672 de 2007. Art. 3º. “El artículo 299 de la Constitución Política de Colombia quedará así: “En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental”.

37 Constitución Política. Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas.../ Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento...”.

38 Acto Legislativo n.º 2 de 2002, “Por el cual se modifica el periodo de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles”. Diario Oficial n.º 44.893 de 2002. Artículo 1º. El artículo 303 de la Constitución Política quedará así: “En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. Los gobernadores serán elegidos popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente”.

39 Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1.889 de 2008, M. P. William Zambrano Cetina.

40 *Ibidem*.

“Así pues, se debe reiterar que a través de la atribución constitucional del artículo 313-3 de la Constitución Política, de naturaleza netamente administrativa, el concejo municipal no puede (i) someter todos los contratos que vaya a suscribir el alcalde a su autorización previa, sino solamente aquellos que por su naturaleza, monto, o materia pueden afectar de manera importante la vida municipal; (ii) modificar el estatuto de contratación pública o sus normas reglamentarias o establecer trámites o requisitos adicionales para el respectivo contrato; o (iii) interferir en las potestades contractuales que la Constitución y la ley le asignan al alcalde como representante legal del municipio”⁴¹

Esto comporta, *mutatis mutandi* para el caso analizado, que la potestad reglamentaria de las asambleas departamentales solo permitiría regular el trámite interno de la autorización (dentro de la propia asamblea) para los casos en que la ley la exija, pero no sería suficiente para alterar las competencias constitucionales y legales de los gobernadores o para modificar o derogar el Estatuto de Contratación Pública o el Estatuto Orgánico de Presupuesto antes revisados. Tampoco permitiría, como se ha advertido, que la asamblea departamental generalizara el requisito de las autorizaciones previas y lo extendiera a todos los contratos que suscribe el Gobernador, pues en cualquier caso deberá respetar su carácter excepcional.

5. La respuesta a los problemas planteados

Como ha se ha podido verificar, el artículo 300-9 de la Constitución Política tiene en esencia el mismo alcance que se la dado en la jurisprudencia y en la doctrina de esta Sala a los artículos 150-9 y 313-3 de la Carta, en el sentido de que la autorización de que trata dicho artículo no tiene carácter general sino excepcional y debe armonizarse (no anularse) con las competencias propias del gobernador para dirigir la acción administrativa y contractual del Departamento. En particular, debe tenerse en cuenta que el Estatuto de Contratación confiere a los Gobernadores una autorización general para contratar y que con la aprobación del presupuesto anual y los planes de desarrollo por parte de la asamblea departamental, dichos funcionarios quedan facultados, también por ley, para celebrar los contratos y actos necesarios para su ejecución.

Así, la posibilidad de que el Artículo 300-9 de la Constitución Política pueda ser interpretado como la necesidad de que los gobernadores obtengan periódicamente una autorización general para contratar por parte de las asambleas departamentales, de modo que si esta no se concede se paraliza la contratación del Departamento, queda descartada en virtud de la autorización general que la Ley 80 de 1993 y el Estatuto Orgánico del Presupuesto ya le han dado a dichos funcionarios para contratar y representar legalmente a la entidad territorial.

Tampoco es viable entender que el artículo 300-9 en cuestión exige la autorización individual por parte de la asamblea departamental de todos y cada uno de los contratos que suscribe el gobernador, pues eso las convertiría en una instancia más de los procedimientos de contratación, lo cual está prohibido expresamente por la el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, según el cual *las corporaciones de elección popular no intervendrán en los procesos de contratación*”.

Adicionalmente, como la potestad de reglamentación de las asambleas departamentales es de naturaleza administrativa, no sería suficiente para modificar el estatuto de contratación pública, establecer trámites o requisitos adicionales para los contratos departamen-

41 Conceptos 1889 de 2008, 2215 de 2014 y 2230 de 2015.

tales o interferir en las potestades contractuales que la Constitución y la ley le asignan al gobernador.

Hace notar la Sala que las disposiciones constitucionales y legales analizadas buscan articular las competencias recíprocas de los gobernadores y las asambleas departamentales, a partir de principios de armonización, coordinación y colaboración institucional (artículos 113 y 209 C. P.), los cuales se vuelven necesarios para evitar bloqueos institucionales y asegurar la realización de los fines del Estado.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que la autorización a que se refiere el artículo 300-9 de la Constitución Política debe entenderse circunscrita solamente a aquellos contratos para los cuales la propia Carta o la ley exijan de forma expresa el agotamiento de ese trámite. Únicamente en esos eventos, el gobernador requerirá una autorización previa y particular (en el caso concreto) para contratar.

Resalta la Sala que en el caso de los Departamentos no existe una facultad legal similar a la que en el nivel municipal se consagra en favor de los concejos municipales para, excepcionalmente, someter a su autorización previa otros contratos adicionales a los señalados en la ley (*supra*, 3)⁴². Por tanto, debe advertirse que las asambleas departamentales no tienen la potestad de someter a su autorización previa otros contratos adicionales a los que establezca la ley.

Finalmente, en relación con la posibilidad de suplir la falta reglamentación que existe en el plano departamental con los conceptos proferidos por la Sala en relación con los municipios (pregunta 2), se observa en primer lugar que si bien los argumentos utilizados en uno u otro caso son en esencia los mismos, tal como ha quedado en evidencia, no es posible hacer una transposición directa y completa de dichos conceptos a la materia que ahora se revisa, pues como se acaba de advertir y se vio en el numeral 3 de este dictamen, en el caso de los municipios existe una reglamentación legal especial que no sería extensible a los departamentos. Por tanto también podría haber en dichos conceptos consideraciones que no necesariamente son aplicables al artículo 300-9 de la Constitución Política.

Recuérdese, por ejemplo, que en el caso de los municipios el artículo 38 de la Ley 136 de 1994 precisa la facultad constitucional de los concejos y, sobre todo, establece expresamente un *listado de contratos* que requieren de su autorización previa, el cual no sería trasladable vía interpretativa a las asambleas departamentales.

En segundo lugar se considera que los conceptos de la Sala, si bien tienen una importante función orientadora y de defensa de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de las autoridades públicas y en ese sentido sirven para definir y concretar el alcance de la normatividad vigente (como en el asunto analizado), en ningún caso podrían utilizarse para sustituir la ley o suplir la falta de reglamentación legal de una norma constitucional, pues esa es una potestad propia y exclusiva del Congreso de la República (artículo 150 C. P.). Por tanto, en el caso concreto analizado lo recomendable sería que el Gobierno na-

⁴² Artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012. En Concepto 2215 de 2014 la Sala interpretó el alcance de la modificación incorporada por la Ley 1551 de 2012, en el sentido de que la lista de contratos que por virtud de esa ley se sometieron al trámite de autorización previa del concejo municipal, se debía compaginar con la facultad (no derogada) de esa corporación local de someter, excepcionalmente, otros contratos a ese trámite.

cional impulse un proyecto de ley dirigido a desarrollar la autorización de las asambleas departamentales a los gobernadores para contratar, frente a lo cual la Sala quedaría atenta a brindar la colaboración requerida en ejercicio de sus competencias de preparación y revisión de textos normativos.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

“1. Teniendo en cuenta las disposiciones señaladas, ¿es requisito para la celebración de contratos por parte de los gobernadores tener previamente la autorización expresa de las respectiva asamblea?”

Por regla general los gobernadores no requieren autorización particular o individual previa de las asambleas departamentales para contratar. La autorización a que se refiere el artículo 300-9 de la Constitución Política es excepcional y se encuentra circunscrita a los contratos que la propia Constitución o el legislador sometan de forma expresa a ese trámite.

Se advierte además que las asambleas departamentales no tienen la potestad de someter a su autorización previa contratos distintos de los que establezca la ley. En todo caso la autorización de la asamblea departamental será necesaria para negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales o ejercer pro-tempore facultades propias de las asambleas.

“2. En el evento de no haberse reglamentado el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política, ¿sería viable aplicar los pronunciamientos proferidos por esta Corporación en relación con la autorización para la celebración de contratos por parte de los alcaldes?”

Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado tienen una importante función orientadora y de defensa de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de las autoridades públicas y, por tanto, sirven, como en el caso analizado, para interpretar y concretar el alcance de la normatividad vigente. Sin embargo no sustituyen la ley ni suplen la falta de reglamentación de una norma constitucional, pues esa es una potestad propia y exclusiva del Congreso de la República (artículo 150 C. P.). En el caso concreto analizado se recomienda impulsar un proyecto de ley que desarrolle de manera clara y precisa la autorización de las asambleas departamentales a los gobernadores para contratar (artículo 300-9 C.P.), frente a lo cual la Sala estará atenta a brindar la colaboración requerida en ejercicio de sus competencias de preparación y revisión de textos normativos.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Edgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

VII.

HACIENDA PÚBLICA,
BIENES DEL ESTADO
Y TRIBUTOS

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.

Radicado 2065

Fecha: 17/02/2012

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 24 de febrero de 2016

El señor Ministro del Interior y de Justicia, por solicitud de la Directora Ejecutiva de la Federación Nacional de Departamentos, formuló a la Sala una consulta acerca del uso y destinación de los rendimientos financieros que genera el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros creado por la Ley 223 de 1995.

I. Antecedentes

Del texto de la consulta se extractan los siguientes antecedentes:

1. La Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores fue creada por iniciativa de dichas autoridades en 1994 y hoy se llama Federación Nacional de Departamentos (FND)¹.

2. Los órganos directivos de la Federación son la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, el Consejo Directivo y el Director Ejecutivo (art. 19), siendo la primera el máximo órgano administrativo y de definición de política (arts. 20, 21 y 26).

3. El artículo 224 de la Ley 223 de 1995 creó el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros como un fondo cuenta especial dentro del presupuesto de la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores, hoy Federación Nacional de Departamentos (FND), y dispuso en forma expresa que la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital es el órgano competente para establecer la administración del Fondo Cuenta y la destinación de sus rendimientos financieros.

4. Es así como, con base en el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, la Asamblea General expidió la resolución n.º 001 de 1996, cuyo artículo 6º dispuso que los gastos de administración del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros serían sufragados con los rendimientos financieros del respectivo recaudo. Esta resolución fue modificada por la resolución n.º 007 de 2007, que en su artículo 6º conserva una fórmula similar.

¹ El cambio de nombre se efectuó por medio del Acta n.º 20 del 28 de enero de 1998 de la Asamblea de Delegados, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá D. C. el 9 de julio de 1998, según certificado expedido por esta el 5 de agosto de 2011.

5. En relación con los **excedentes** de los mencionados rendimientos financieros, la Asamblea General estableció en el artículo 8° de la mencionada resolución n.º 007 de 2007 que serían distribuidos entre los Departamentos y el Distrito Capital. Dicha resolución confirió a la Asamblea General, además, la facultad de aplicar parte de tales remanentes a “programas de fortalecimiento fiscal de los departamentos y el Distrito Capital y de ayuda al cumplimiento de los fines de estos”.

6. La Federación señala que el compromiso presupuestal determinado por la Asamblea General para la destinación de tales recursos **“se ejecuta con la transferencia que de los mismos se hace del Fondo Cuenta a la Federación, esto es, con el pago”**.

7. De conformidad con el artículo 4° del decreto 1640 de 1996, reglamentario del Fondo Cuenta, su contabilidad se lleva en una cuenta especial, en la cual se desagregan los distintos conceptos, entre ellos el del reparto de los excedentes de los rendimientos financieros. Sin embargo, dicha contabilidad no llega hasta la ejecución, mediante contratos, de las partidas que correspondan según la destinación aprobada por la Asamblea, pues como ya se indicó, la federación considera que la ejecución de los recursos del Fondo cuenta se realiza “con la transferencia que de los mismos se hace del Fondo Cuenta a la Federación”.

8. Finalmente, expresa la Federación en la consulta:

“Existen discrepancias con la Contraloría General de la República respecto de la competencia de los Señores Gobernadores y del Alcalde Mayor de Bogotá, para destinar los rendimientos financieros provenientes del impuesto al consumo, a objetos diferentes a los del impuesto que los generó, así como a la necesidad de que los rendimientos financieros sean incorporados en los presupuestos de los Departamentos y el Distrito Capital, previa su destinación”.

El Ministro formuló a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *“¿Puede la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, en uso de la facultad contenida en el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, disponer de los rendimientos financieros para pagar a la Federación Nacional de Departamentos la administración que, por mandato legal hace del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros?”*

2. *¿Qué debe entenderse como excedentes de rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros?”*

3. *¿Puede la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, en uso de la facultad contenida en el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, disponer que con los rendimientos financieros, la Federación Nacional de Departamentos, realice estudios de interés departamental y distrital?”*

4. *En caso de ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta: ¿Cuál es el tratamiento presupuestal que debe darse a los excedentes de rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, una vez estos son destinados por la Asamblea General de Gobernadores para el fortalecimiento de los Departamentos y el Distrito Capital, a través de la Federación Nacional de Departamentos?”*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

1. Observaciones iniciales

Indica la consulta que existen algunas discrepancias entre la Federación Nacional de Departamentos y la Contraloría General de la República, relativas a la competencia de la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital para destinar los rendimientos financieros del Fondo a objeto diferente del hecho generador de tales impuestos, y a que dichos rendimientos sean incorporados a los presupuestos de los Departamentos y el Distrito Capital, luego de establecer previamente esta destinación.

La Sala observa que las mencionadas discrepancias se refieren al *“Hallazgo n.º 01 Contenido Cuenta Fiscal”* presentado a la Federación Nacional de Departamentos, mediante el Oficio n.º 2011EE22976-O-1 del 31 de marzo de 2011, dirigido a la Directora Ejecutiva de la Federación por la Contralora Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras, y referente al *“Informe Final de Auditoría Regular al Fondo Cuenta Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. Vigencia 2009”*.

Dicho hallazgo se refiere a la interpretación del artículo 224 de la Ley 223 de 1995, el cual dispone que la destinación de los rendimientos financieros del Fondo Cuenta será establecida por la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital. En criterio del ente de control fiscal dicha facultad legal no significa que pueda *“hacerse la interpretación extensiva de que una de dichas destinaciones puede ser para ampliar los gastos de funcionamiento o de inversión de la entidad administradora”* (página 17 del aludido Informe). La Federación, por su parte, considera que *“en el citado artículo la Ley otorgó facultades amplias a la Asamblea de Gobernadores para decidir, además de la distribución, el destino de los rendimientos financieros”* (páginas 17 y 18 *ibídem*).

Al respecto la Sala considera necesario precisar, como lo ha hecho en otras oportunidades, que no entra a hacer análisis o juicios de valor sobre los Hallazgos formulados por la Contraloría General de la República y las respuestas de las entidades vigiladas, por cuanto podría entenderse que la Sala estaría revisando o cuestionando la labor de dicho organismo de control, para lo cual ciertamente carece de competencia. Por estas razones su estudio se limitará a hacer un análisis de manera general y abstracta sobre los interrogantes planteados.

2. La naturaleza jurídica de la Federación. Sus estatutos

La lectura de algunos pasajes de los estatutos de la Federación Nacional de Departamentos, aportados a la consulta en referencia, suscita la necesidad de profundizar en el análisis de la naturaleza jurídica de la entidad, para precisar algunos aspectos de su régimen jurídico, antes de entrar a absolver las preguntas formuladas por el Ministerio del Interior y de Justicia, dado que el sentido de las respuestas podría ser determinado por la forma como se clarifique esta cuestión.

De acuerdo con el artículo 1º de sus estatutos, la Federación Nacional de Departamentos es *“una entidad sin ánimo de lucro... que asocia a los representantes legales de los Departamentos de Colombia”*. Agrega el artículo 6º de dichos estatutos que la Federación, *“en cuanto*

a que ha sido constituida por los representantes legales de las Entidades Públicas debidamente autorizados y recibe y maneja fondos públicos, es una Entidad Pública de 2º grado, tiene personería jurídica², autonomía administrativa y patrimonio propio”.

En este punto la Sala observa que la Federación Nacional de Departamentos no agrupa simplemente a los Gobernadores y el Alcalde Mayor del Distrito Capital, como personas naturales que son, así tengan la calidad de representantes legales de entidades públicas, pues en realidad asocia a las entidades por ellos representadas, esto es, a los Departamentos y el Distrito Capital. De ahí, precisamente, la denominación de la Federación Nacional de Departamentos, la naturaleza de sus funciones y el procedimiento seguido para constituirla. En efecto, según consta en el artículo 8º de los estatutos en mención, los gobernadores no crearon la federación por su libre y personal iniciativa, sino que concurrieron a la constitución de una entidad pública *“debidamente autorizados por las asambleas departamentales”*.

De otra parte el artículo 6º, al declarar que la Federación Nacional de Departamentos es una entidad descentralizada de segundo grado, evidencia que dicha institución está integrada por las entidades territoriales que la conforman, y no solo por las personas de sus representantes legales.

Si bien los apartes de los estatutos hasta aquí comentados son cuestionables por adolecer de una redacción antitécnica y contradictoria, el artículo 6º de los estatutos de la Federación Nacional de Departamentos agrega una cláusula que tiene graves implicaciones y despierta serias dudas desde el punto de vista jurídico. En efecto, se lee en esta parte de los estatutos que la Federación *“no ejerce funciones públicas”*, y que en desarrollo de sus funciones estatutarias *“se regirá en sus actos y contratos por las normas de derecho privado”*. La Sala encuentra que estas cláusulas estatutarias no son acordes con la ley y pasa a analizarlas.

Visto está que la Federación Nacional de Departamentos es una entidad descentralizada de segundo grado constituida por entidades territoriales. De ello se desprende que, necesariamente, la Federación cumple funciones públicas, y con mayor razón en cuanto que, por mandato de la ley, administra un fondo público que se nutre de recaudos tributarios, como es el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros.

El artículo 95 de la Ley 489 de 1998, al regular las asociaciones entre entidades públicas, que tal es el caso de la Federación Nacional de Departamentos, dispone:

“Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro”, y agrega que *“las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género”*.

2 La personería jurídica de la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores fue reconocida mediante la Resolución n.º 548 del 16 de septiembre de 1994 expedida por el Secretario General de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C.

Hasta este punto los estatutos de la Federación parecen conciliarse con la ley. Sin embargo, al declarar condicionalmente exequible esta disposición, la Corte Constitucional, en sentencia C-671 de 1999³, luego del pertinente análisis, formuló la siguiente resolución:

“Declárase EXEQUIBLE el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, bajo el entendido de que ‘las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género’, sin perjuicio de que, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”.

Si bien es cierto que la ley permite que este tipo de entidades se estructure mediante la aplicación de normas y procedimientos de derecho privado, estas tienen carácter meramente instrumental para su conformación, sin que por ello se conviertan en entidades privadas, puesto que la naturaleza de los integrantes, el objetivo que persiguen y los fines que determina la ley hacen que necesariamente su naturaleza deba ser pública.

Se tiene así que la asociación de entidades públicas, cualquiera sea la modalidad o procedimiento que para tal efecto se utilice, no puede generar sino una persona jurídica de derecho público, que por tanto ejerce funciones públicas, cuyos actos y contratos, salvo determinadas y precisas excepciones legales, están sujetos a las reglas del derecho público.

En conclusión, la Federación Nacional de Departamentos, entidad descentralizada indirecta del orden territorial, sí ejerce funciones públicas, y en desarrollo de sus funciones estatutarias se rige en sus actos por las normas de derecho público, en cuanto ejerza función administrativa, y en sus contratos está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto por los artículos 1º y 2º-1º-b de la Ley 80 de 1993.

3. El Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros y los gastos de administración de la Federación Nacional de Departamentos

El artículo 224 de la Ley 223 del 20 de diciembre de 1995, “por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”, creó el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros como un mecanismo para proporcionar recursos económicos a los Departamentos y el Distrito Capital. La norma dice así:

“Artículo 224. Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. Créase un fondo-cuenta especial dentro del presupuesto de la Asociación⁴ Conferencia Nacional de Gobernadores, en el cual se depositarán los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros. La administración, la destinación de los rendimientos financieros y la adopción de mecanismos para dirimir las diferencias que surjan por la distribución de los

3 Corte Constitucional, sentencia C-671 de 9 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

4 Entonces era Corporación.

recursos del Fondo-Cuenta será establecida por la Asamblea de Gobernadores y del Alcalde del Distrito Capital, mediante acuerdo de la mayoría absoluta”.

El artículo 196 de la misma ley estableció la distribución, entre los Departamentos y el Distrito Capital, de los recaudos generados al Fondo por concepto de impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, y el artículo 217 en lo relacionado con el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares y el impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-281 del 5 de junio de 1997, declaró exequibles estos tres artículos de la Ley 223 de 1995 (artículos 196, 217 y 224), entre otros, por los cargos analizados, consistentes en que, según el demandante, tales normas no podían ser objeto de una ley ordinaria sino de una orgánica, por tratarse de asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.

Ahora bien, la primera pregunta de la consulta se refiere a si la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital puede disponer de los rendimientos financieros para pagar a la Federación Nacional de Departamentos la administración del Fondo Cuenta. Se observa que la ley da respuesta directa a esta pregunta. En efecto, como claramente se desprende del texto del artículo 224 de la Ley 223 de 1995, la administración del Fondo Cuenta y la destinación de sus rendimientos financieros serán establecidas *“por la Asamblea de Gobernadores y del Alcalde del Distrito Capital, mediante acuerdo de la mayoría absoluta”*. De suerte que, al no existir en la ley, en relación con esta facultad de la Asamblea General, restricción o condicionamiento distinto de la exigencia de una mayoría absoluta para adoptar las decisiones respectivas, la Asamblea General bien puede disponer que, con cargo a los rendimientos financieros, se pague a la Federación Nacional de Departamentos la administración que, por mandato legal, hace del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros.

A partir de la ley, esta materia ha sido puntualmente regulada por la propia Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital en el artículo 6° de la resolución n.° 007 del 15 de agosto de 2007, *“Por la cual se reglamenta la administración, la destinación de los rendimientos financieros y la adopción de mecanismos para dirimir las diferencias que surjan por la distribución de los recursos del Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros de que trata la Ley 223 de 1995 y se unifican las disposiciones que sobre el particular ha emitido el máximo órgano de dirección”*, en los siguientes términos:

“Artículo 6°. La cuota de administración del Fondo Cuenta no podrá ser superior al 1.5% de los recaudos anuales del mismo. Tales recursos serán ejecutados por la Federación Nacional de Departamentos dentro de su presupuesto anual, el cual será aprobado por la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, previa su viabilización por el Consejo de Administración.

La cuota de administración será única y por ella se entiende la remuneración que percibe la Federación Nacional de Departamentos por la gestión tendiente al logro de sus fines y objetivos legales, incluidos los del Fondo Cuenta.

En primera instancia la cuota de administración del Fondo Cuenta se financiará con cargo a los rendimientos financieros del mismo. A partir del segundo semestre de cada vigencia fiscal,

la Federación Nacional de Departamentos hará las proyecciones necesarias para determinar si los rendimientos financieros son suficientes para sufragar dicha cuota. En el caso en que tales rendimientos resulten insuficientes, la cuota restante se financiará con cargo a los recaudos del Fondo Cuenta y se descontará de los giros a los Departamentos y el Distrito Capital en el último trimestre de cada vigencia fiscal”.

En conclusión, la ley facultó expresa y directamente a la Asamblea de Gobernadores y del Alcalde del Distrito Capital para establecer la destinación de los rendimientos financieros del Fondo, incluidos los costos de administración, y corresponde a dicho organismo adoptar las medidas a que haya lugar, de conformidad con las condiciones y procedimientos establecidos en su propia reglamentación.

4. Estudios de interés departamental y distrital con cargo a los rendimientos financieros

La consulta indaga sobre si la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital puede disponer, en uso de la facultad conferida por el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, que con los rendimientos financieros la Federación Nacional de Departamentos realice estudios de interés departamental y distrital.

Sobre este particular se observa que el citado artículo 224 confiere a la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde de Bogotá la facultad de establecer *“la destinación de los rendimientos financieros”* del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. Se trata de una facultad muy amplia, que la ley no quiso someter a criterios determinados, ni por cuantía, ni por destinación. La Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, en ejercicio de dicha facultad legal, expidió la resolución n.º 007 de 2007, que en el artículo 8º dispuso:

“Artículo 8º. De la distribución de los remanentes de rendimientos financieros: Los remanentes de los rendimientos financieros que resulten al finalizar el período se distribuirán entre los Departamentos y el Distrito Capital en proporción a la participación que hayan tenido en el impuesto.

Parágrafo: La Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital podrá autorizar la aplicación de los recursos provenientes de remanentes de los rendimientos financieros para programas y proyectos destinados al fortalecimiento de las rentas y finanzas de los Departamentos y el Distrito Capital, y para aquellos que coadyuven al cabal cumplimiento de los fines que constitucional y legalmente les corresponden”.

Esta disposición autoriza aplicar parte de los remanentes de los rendimientos financieros del Fondo Cuenta a la realización de *“programas y proyectos”* orientados a fortalecer las rentas y finanzas de los Departamentos y el Distrito Capital, y *al “cumplimiento de los fines que constitucional y legalmente les corresponden”*. A tan amplia definición de programas y proyectos no escapan los *“estudios de interés departamental y distrital”* a que alude la consulta. Se concluye, por tanto, que la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde de Bogotá está legalmente facultada para autorizar este tipo de gastos.

5. Tratamiento presupuestal de los excedentes de rendimientos financieros, destinados al fortalecimiento de los Departamentos y el Distrito Capital

La consulta inquiriere sobre la noción de “excedentes” de rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, debiéndose entender por dichos excedentes, como de hecho lo expresa la misma consulta, los rendimientos financieros que quedan después de pagar con ellos a la Federación Nacional de Departamentos el costo de la administración del Fondo Cuenta, esto es, la cuota y demás gastos de administración.

Cabe anotar que la noción de “excedente” de rendimientos financieros no se encuentra específicamente en la Ley 223 de 1995, sino que deriva de la reglamentación contenida en la resolución n.º 007 de 2007 expedida por la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, que en su artículo 8º, arriba transcrito, se ocupa de reglamentar lo relacionado con lo que denomina “remanentes” de rendimientos financieros. Al reglamentar este aspecto de los rendimientos financieros, consistente en sus remanentes o excedentes, la Asamblea de Gobernadores y del Alcalde del Distrito Capital obró dentro del ámbito de competencia que le confiere el artículo 224 de la Ley 223 de 1995.

Se pregunta también sobre el tratamiento presupuestal que se debe dar a los excedentes de los rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. Al respecto resulta necesario destacar los siguientes aspectos jurídicos:

a. Los recursos que integran el mencionado Fondo Cuenta son recursos públicos en cuanto provienen de recaudos de impuestos: los impuestos al consumo de productos extranjeros.

b. El artículo 224 de la Ley 223 de 1995 creó el mencionado Fondo Cuenta **dentro del presupuesto** de la hoy llamada Federación Nacional de Departamentos, de modo que este Fondo Cuenta no constituye un presupuesto separado ni está por fuera del presupuesto de la Federación, sino que hace parte de él. Naturalmente, al haber sido caracterizado como una cuenta especial, está dotado de una contabilidad y un manejo regulados específicamente para dicho Fondo.

c. Al ser un Fondo Cuenta constituido por dineros públicos, es claro que su manejo debe sujetarse a la normatividad presupuestal pública.

Precisamente, el decreto 1640 del 10 de septiembre de 1996, “*Por el cual se reglamenta el Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros de que trata la Ley 223 de 1995, y se dictan otras disposiciones*”, dispone en el artículo 1º:

“Artículo 1º. Definición. El Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, creado por el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, es una cuenta pública especial en el presupuesto de la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores, sujeta a las normas y principios que regulan la contabilidad general del Estado y a las normas y principios establecidas en la Ley Orgánica del Presupuesto en lo pertinente, así como al control fiscal de la Contraloría General de la República”.

Esta norma determina que el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros es una cuenta de carácter público (no privado), especial (diferenciada de las otras

cuentas de la Federación) y que se encuentra en el presupuesto de la Federación Nacional de Departamentos. Esto último significa que el Fondo Cuenta forma parte del presupuesto de la Federación, que su manejo está sujeto a la normatividad legal orgánica del presupuesto nacional, que su contabilidad debe ajustarse a las disposiciones contables del Estado y que su control fiscal está a cargo de la Contraloría General de la República.

La Sala, en oportunidad anterior, ya había expresado que la administración y manejo del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros debía sujetarse al régimen presupuestal de la Nación. Es así como en el Concepto n.º 1121 del 26 de agosto de 1998 (Consejero Ponente Dr. César Hoyos Salazar), la Sala precisó:

“El régimen presupuestal al cual debe someterse el Fondo Cuenta de impuestos al consumo de productos extranjeros, creado por el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, es el establecido en el decreto 111 de 1996 (estatuto orgánico de presupuesto), en lo pertinente, conforme dispone el artículo 1º del decreto reglamentario 1640 de 1996. Por tanto, como la aplicación de dicho régimen no comprende toda su normatividad, el presupuesto lo aprobará la asamblea de la Conferencia Nacional de Gobernadores y del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, las adiciones del presupuesto y la autorización para comprometer vigencias futuras serán adoptadas por el consejo de administración del fondo, según lo dispuesto por el decreto 1640 de 1996 y los reglamentos adoptados por la mencionada corporación”.

d. Sobre el aspecto contable del Fondo Cuenta, el artículo 4º del decreto 1640 de 1996 establece:

“Artículo 4º. Contabilidad. La contabilidad del Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros se llevará en una cuenta especial dentro del sistema contable general de la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores de conformidad con lo establecido en el Plan Único de Cuentas (PUC) y demás normas contables establecidas por la Dirección Nacional de Contabilidad.

Dicha cuenta deberá reflejar los ingresos correspondientes a cada uno de los impuestos al consumo, el impuesto con destino al deporte, los rendimientos financieros, las multas y los aportes de las entidades beneficiarias, así como también los pagos efectuados a cada una de las entidades territoriales, los giros a las seccionales o fondos de salud, los gastos de administración del Fondo-Cuenta, el reparto de los excedentes de los rendimientos financieros y el de los excedentes del impuesto con destino al deporte, de que trata el parágrafo del artículo 211 de la Ley 223 de 1995”.

Conforme a la norma transcrita, los recursos que integran el mencionado Fondo Cuenta, dentro de los cuales se encuentran los excedentes de los rendimientos financieros, se deben manejar por parte de la Federación Nacional de Departamentos, que ostenta el carácter de persona jurídica pública y que tiene dentro de su presupuesto dicho Fondo Cuenta, de conformidad con las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el decreto 111 de 1996. Por tanto, si algunos recursos de tales excedentes han sido destinados por la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital a programas y proyectos de fortalecimiento de las rentas y finanzas de los Departamentos y el Distrito Capital, el manejo presupuestal de dichos recursos se debe efectuar de acuerdo con las normas del citado Es-

tatuto Orgánico y demás disposiciones complementarias y reglamentarias. Por consiguiente su ejecución debe realizarse conforme al artículo 71 del estatuto Orgánico, vale decir, principalmente mediante el certificado de disponibilidad presupuestal y luego el registro presupuestal para asumir y pagar, respectivamente, los compromisos contractuales específicos.

Puesto que dicho Fondo Cuenta forma parte del presupuesto de la Federación Nacional de Departamentos, no se requiere efectuar un traslado presupuestal del Fondo Cuenta al presupuesto de la Federación, como si aquel no estuviera ya dentro de este. No hay dos presupuestos sino uno solo. Tampoco cabe considerar que, con dicha operación de traslado, se ha ejecutado el respectivo recurso y que, en consecuencia, no hay obligación de registrar presupuestalmente los contratos celebrados con cargo a tal recurso, como sostiene la Federación en el numeral 6 de los antecedentes arriba reseñados.

Lo que determinan el artículo 224 de la Ley 223 de 1995 y el artículo 1º del decreto reglamentario 1640 de 1996 es que los recursos del citado Fondo Cuenta son públicos y se deben manejar en una cuenta especial en el presupuesto de la Federación Nacional de Departamentos. La Federación, entidad pública descentralizada de segundo grado, está habilitada para recibir y manejar recursos públicos, según sus Estatutos, y como tales se deben ejecutar, conforme a su destinación legal y las decisiones de la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, y de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás disposiciones reglamentarias y complementarias.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Puede la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, en uso de la facultad contenida en el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, disponer de los rendimientos financieros para pagar a la Federación Nacional de Departamentos la administración que, por mandato legal hace del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros?”

Sí, la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital está facultada por el artículo 224 de la Ley 223 de 1995 para disponer que, con cargo a los rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, se paguen a la Federación Nacional de Departamentos los costos de la administración de dicho Fondo, facultad reglamentada en el artículo 6º de la Resolución n.º 007 del 15 de agosto de 2007 expedida por la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital.

“2. ¿Qué debe entenderse como excedentes de rendimientos financieros del Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros?”

Los excedentes o remanentes de los rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros son aquella parte de los rendimientos financieros que queda después de que se ha pagado, con cargo a estos, a la Federación Nacional de Departamentos, la cuota y los gastos de administración del Fondo-Cuenta.

“3. ¿Puede la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital, en uso de la facultad contenida en el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, disponer que con los rendimientos financieros, la Federación Nacional de Departamentos, realice estudios de interés departamental y distrital?”

Sí, la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital está facultada por el artículo 224 de la Ley 223 de 1995, en concordancia con el párrafo del artículo 8º de la resolución n.º 007 del 15 de agosto de 2007 expedida por dicha Asamblea General, para disponer que, con los rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, se realicen estudios de interés departamental y distrital.

“4. En caso de ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta: ¿Cuál es el tratamiento presupuestal que debe darse a los excedentes de rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, una vez estos son destinados por la Asamblea General de Gobernadores para el fortalecimiento de los Departamentos y el Distrito Capital, a través de la Federación Nacional de Departamentos?”

El tratamiento presupuestal que debe darse a los excedentes de rendimientos financieros del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, destinados por la Asamblea General de Gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital a programas y proyectos de fortalecimiento de las rentas y finanzas de los Departamentos y el Distrito Capital, es el establecido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, el Decreto 111 de 1996, y normas complementarias y reglamentarias.

Remítase al señor Ministro del Interior 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. Aplicación de la Ley 1697 de 2013. Estampilla pro Universidad Nacional y universidades estatales.

Radicado 2229

Fecha: 07/12/2015

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 23 de febrero de 2016

La Ministra de Educación Nacional consulta sobre varios aspectos de la aplicación de la Ley 1697 de 2013 “*por la cual se crea la estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia*”.

I. Antecedentes

Explica la Ministra que el 20 de diciembre de 2013 entró en vigencia la Ley 1697, norma que fijó la naturaleza jurídica de la estampilla y sus elementos tales como el hecho generador, el sujeto pasivo, el sujeto activo, la base gravable y la tarifa, así como reglas para la distribución de los recursos que se recauden.

Anota que el 5 de junio de 2014, el Presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario 1050 que estableció la organización del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia a cargo del recaudo y administración de los recursos provenientes de la estampilla. También regula la retención de la contribución y la distribución de los recursos.

Advierte que varias entidades sostienen que no deben implementar la contribución, dado que no se encuentran contempladas o definidas dentro de las categorías del artículo 2° de la Ley 80 de 1993 o porque no aplican el régimen de contratación pública sino el privado o porque no ejecutan recursos del Presupuesto General de la Nación.

También llama la atención sobre la existencia de dudas acerca del momento en que debió empezarse a aplicar la estampilla, pues la ley no contempla asuntos tan importantes como el procedimiento para el recaudo, que solo vino a ser adoptado por el decreto reglamentario, y en tal virtud existen tesis de que es a partir de este decreto que se podía exigir su cumplimiento.

Finalmente, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. Cuando las entidades cumplen con las condiciones establecidas en las cláusulas de remisión abiertas contenidas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, ¿puede afirmarse que están contempladas en dicho artículo y por tanto son sujeto de la contribución parafiscal?”

2. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 en relación con la remisión al artículo 2° de la Ley 80 de 1993 y la mención del artículo 32 de la misma ley sobre contratos de obra y conexos, si la entidad no aplica el régimen de contratación pública sino las reglas de derecho privado ¿se encuentra exonerada de retener por concepto de estampilla?”

3. *¿Cuál es el alcance jurídico del párrafo del artículo 5° de la ley precitada para el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado o de las sociedades de economía mixta?*

4. *¿A partir de qué momento (la entrada en vigencia de la Ley 1697 de 2013 o del Decreto Reglamentario 1050 de 2014) las entidades contratantes debieron empezar a aplicar la retención respectiva por concepto de estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia?”*

Con posterioridad, la Ministra adicionó las siguientes **PREGUNTAS**:

“I. Sobre el contrato de obra:

1. *¿En qué consiste el contrato de obra que genera el tributo establecido en el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013?*

2. *¿Cuáles son y en qué consisten los contratos conexos de obra que generan el tributo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013?*

3. *Una entidad pública que aplique derecho privado para celebrar y ejecutar contratos ¿Puede suscribir contratos de obra de aquellos de que trata la Ley 1697 de 2013?*

4. *¿Las construcciones de pozos petroleros o de redes eléctricas pueden ser considerados como contratos de obra que generan la contribución parafiscal?*

5. *¿Los negocios jurídicos que tienen como objeto contratar la gerencia de proyectos de infraestructura pueden ser considerados contratos conexos de obra?*

6. *¿Los contratos de administración delegada de una obra generan la contribución parafiscal creada por la Ley 1697 de 2013? En caso afirmativo, ¿Cuál debe ser la base de retención por concepto de la estampilla en este tipo de contratos, es decir, el valor de los honorarios de la administración, el costo de la obra o la suma de ambos conceptos?*

7. *¿Los subcontratos de obra o conexos de obra que suscriba el administrador delegado de una obra a nombre suyo y bajo su cuenta y riesgo para el cumplimiento parcial de su contrato, deberán ser gravados con la estampilla?*

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?*

9. *Los contratos de obra suscritos por entidades del orden territorial (departamental o municipal) con recursos provenientes de entidades del orden nacional sujetas a la contribución parafiscal, ¿deben ser gravados con la estampilla?*

10. *Los contratos de obra o conexos de obra suscritos por entidades del orden nacional sujetas a la contribución parafiscal, con recursos provenientes de gobiernos extranjeros o de or-*

ganismos multilaterales, amparados en convenios de cooperación internacional, ¿deberán ser gravados con la estampilla?

11. Las asociaciones público privadas, reguladas por la Ley 1508 de 2012 que tengan por objeto la construcción de obra, ¿deberán ser gravadas con la estampilla?

12. El artículo 9° de la Ley 1697 de 2013 dispone que sobre todo pago realizado al contratista, la entidad contratante deberá realizar la retención por concepto de la estampilla en el porcentaje correspondiente. De esta manera ¿deberá aplicarse la retención a un contratista de obra sobre el giro que se realice en calidad de anticipo?

II. Sobre la naturaleza jurídica de las entidades del orden nacional:

13. Los organismos autónomos del Estado tales como el Banco de la República, las corporaciones autónomas regionales y las universidades estatales, ¿se encuentran dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?

14. Las entidades financieras de derecho público y de naturaleza única del orden nacional, tales como Fogafín y Fogacoop ¿se encuentran contempladas dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?

15. Las corporaciones de participación mixta tales como Corporación Colombia Internacional CCI, Cotecmar y Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja), ¿se encuentran contempladas dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?

16. ¿Las empresas de servicios públicos de carácter mixto, en donde la participación del Estado provenga de la Nación, se encuentran contempladas dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?

17. Las empresas comerciales e industriales del Estado, tales como el Fondo Nacional del Ahorro y Coljuegos, ¿solo deberán gravar con la estampilla los contratos señalados en el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 que hayan suscrito cuando su ejecución se realice con recursos del Presupuesto General de la Nación? ¿o en qué casos dichas entidades deberán realizar la retención de la contribución?

18. Las sociedades de economía mixta tales como Ecopetrol, Bancoldex; Fiducoldex, Finagro y Fiduagraria ¿solo deberán gravar con la estampilla los contratos señalados en el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 que hayan suscrito, cuando su ejecución se realice con recursos del Presupuesto General de la Nación? ¿o en qué casos dichas entidades deberán realizar la retención de la contribución?

19. ¿Serán sujetos de la contribución parafiscal creada por la Ley 1697 de 2013, las entidades del orden nacional cuya naturaleza jurídica se encuentra contemplada en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 pero aplican reglas de derecho privado en su régimen de actos y contratos? O ¿solo serán si aplican el estatuto de contratación pública?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por la Ministra, la Sala analizará los siguientes puntos: i) antecedentes de la expedición de la Ley 1697 de 2013, ii) las estampillas, iii) las entidades públicas para efectos de la aplicación de la Ley 1697 de 2013. iv) el parágrafo del artículo 5° de la ley, v) el contrato de obra y sus contratos conexos para efectos de la estampilla y vi) aplicación del tributo.

A. Antecedentes de la expedición de la Ley 1697 de 2013

La Ley 1697 de 2013 “[p]or la cual se crea la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”, dispone:

“ARTÍCULO 1°. 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.

ARTÍCULO 2°. 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.

ARTÍCULO 3°. DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS. La distribución de los recursos recaudados por la presente estampilla se realizará de la siguiente manera:

Durante los primeros cinco (5) años, a partir de la promulgación de la presente ley, el 70% del recaudo se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 30% restante a las demás universidades estatales del país. A partir del sexto año el 30% de lo recaudado se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 70% a las demás universidades estatales del país.

PARÁGRAFO. Los recursos transferidos a las universidades estatales, exceptuando la Universidad Nacional de Colombia, se asignarán mediante resolución del Ministerio de Educación Nacional. Dicha asignación se hará de acuerdo con el número de graduados por nivel de formación del año inmediatamente anterior en cada institución. La ponderación de cada graduado por nivel se hará de la siguiente manera:

Nivel	Valor
Doctorados	4
Maestrías y especializaciones médicas	3
Especializaciones	2.5

Nivel	Valor
Pregrado	2

Para los programas no presenciales en cualquier nivel de formación, se asignará el valor por nivel correspondiente definido en la tabla anterior.

ARTÍCULO 4°. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS. *Los recursos que se recauden mediante la estampilla se destinarán prioritariamente a la construcción, adecuación y modernización de la infraestructura universitaria y a los estudios y diseños requeridos para esta finalidad; además de la dotación, modernización tecnológica, apoyo a la investigación, apoyo a programas de bienestar estudiantil, subsidios estudiantiles y desarrollo de nuevos campus universitarios de las universidades estatales del país. Propendiendo siempre con estos recursos por la disminución de los costos por matrícula de los estudiantes de los estratos 1, 2 y 3. Para ello, los Consejos Superiores de las universidades estatales definirán los criterios técnicos para la aplicación de esta directriz.*

PARÁGRAFO 1°. *Durante los primeros cinco años de entrada en vigencia de la presente ley, los recursos asignados a la Universidad Nacional de Colombia se destinarán prioritariamente a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.*

PARÁGRAFO 2°. *Los recursos recaudados a través de esta ley no hacen parte de la base presupuestal de las universidades estatales.*

ARTÍCULO 5°. HECHO GENERADOR. *Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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.*

ARTÍCULO 6°. SUJETO PASIVO. *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.*

ARTÍCULO 7°. SUJETO ACTIVO. *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.*

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.

ARTÍCULO 9°. CAUSACIÓN. Es obligación de las entidades contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla definido según el artículo 8° de la presente ley.

ARTÍCULO 10. RECAUDO. Créese el Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia como una cuenta especial sin personería jurídica y con destinación específica, manejada por el Ministerio de Educación Nacional, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística con fines de interés público y asistencia social para recaudar y administrar los recursos provenientes de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

ARTÍCULO 11. DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL FONDO. La Dirección y administración del Fondo será ejercida por el Ministerio de Educación Nacional, para cuyo efecto deberá:

a) Desarrollar las operaciones administrativas, financieras y contables del Fondo, de acuerdo con las normas reguladoras de estas materias.

b) Velar porque ingresen efectivamente al Fondo los recursos provenientes de la presente Estampilla.

c) Distribuir los recursos del Fondo de acuerdo con lo estipulado en la presente ley.

d) Elaborar la proyección anual de ingresos y gastos y los indicadores de gestión.

e) Rendir informes que requieran organismos de control u otras autoridades del Estado.

f) Las demás relacionadas con la administración del Fondo.

ARTÍCULO 12. CONTROL. Las universidades estatales en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementarán un sistema de administración de los recursos provenientes del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejercerá el correspondiente control fiscal. El Ministerio de Educación Nacional, a través del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, deberá trasladar los recursos de la estampilla a las cuentas de las universidades estatales semestralmente de acuerdo con la distribución definida en el artículo 30 de la presente ley y la resolución expedida

por el Ministerio de Educación Nacional para tal efecto. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

PARÁGRAFO. Las universidades estatales presentarán informes anuales, avalados por sus Consejos Superiores, al Congreso de la República, al Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la especificación de los recursos recibidos a través del Fondo y el detalle de la ejecución de los mismos.

ARTÍCULO 13. CONTROL POLÍTICO. El Congreso de la República podrá en cualquier momento, ejercer debate de control político a las universidades estatales sobre los recursos captados por concepto de la Estampilla formalizada en la presente ley.

ARTÍCULO 14. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Examinado el proceso de formación de la ley se encuentra que al proyecto -de iniciativa parlamentaria- le correspondió el número 192 de 2012 en la Cámara de Representantes y el 268 de 2013 en el Senado de la República.

De la exposición de motivos se destaca:

“El presente proyecto de ley tiene como objetivo crear una estampilla por valor de un billón de pesos (1.000.000.000.000), para financiar la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación y dotación de los edificios y espacios públicos en cada una de las sedes de la Universidad Nacional de Colombia que en la actualidad presentan deterioros y fallas estructurales graves, así como la construcción y dotación del Hospital Universitarios de cuarto nivel. Mediante esta modernización a la infraestructura de la Universidad se logrará la urgente adecuación y actualización de viejas edificaciones, laboratorios y aulas de clase; de la misma forma que se podrá ofrecer la debida seguridad a la comunidad universitaria y al público en general que frecuentan diariamente los espacios de la Institución. Por otro lado, con la construcción definitiva del Hospital Universitario de cuarto nivel la Universidad contará con un centro docente adecuado para atender directamente las necesidades curriculares de cuatro facultades del área de las ciencias de la salud y las ciencias sociales que en la actualidad presentan dificultades académicas por las presentes condiciones de la Universidad. Facultades como las de medicina y enfermería no pueden ofrecer a sus estudiantes las prácticas académicas necesarias y adecuadas para una formación de calidad y pertinente. De la misma forma, al contar con un Hospital Universitario la Universidad dispondrá con un centro de investigación de alto nivel y la sociedad contará con uno de los mejores centros hospitalarios del país.

Gracias a esta urgente inversión en la infraestructura de la Universidad se podrá llevar a cabo un incremento efectivo en la admisión de nuevos estudiantes, el fortalecimiento y consolidación de programas de bienestar, apoyo al país en la atención hospitalaria de calidad y, en general, la mejora sustancial en los índices de calidad que por décadas, a pesar de las limitaciones económicas de la Universidad, la han mantenido en el primer lugar de las instituciones de educación superior en el país. Posicionamiento seriamente amenazado dada la actual situación de deterioro físico de las instalaciones de la Institución y su consiguiente limitación en el desarrollo adecuado de la docencia, la investigación y el servicio a la sociedad. (...)

Limitación en la modernización de la Institución. En las últimas décadas el Estado colombiano no ha respondido de forma adecuada a las necesidades de modernización de la Universidad Nacional de Colombia. Encontramos, que para las múltiples responsabilidades y retos de la universidad estatal más importante del país el crecimiento del presupuesto destinado por el Estado es muy bajo y ampliamente insuficiente frente al crecimiento y el desarrollo de la Universidad. Esta situación contrasta con los grandísimos esfuerzos en los que se ha visto obligada la Universidad para conseguir recursos propios que le permitan sostener un vector de desarrollo que, aunque cada vez más débil, la mantiene como una institución de alta calidad en el país.

La indispensable actualización tecnológica y urgente modernización de la Universidad se ven peligrosamente afectadas por el dramático desequilibrio entre el presupuesto destinado a funcionamiento versus el presupuesto destinado a inversión; esto sin contar con que el presupuesto destinado para la contratación de nuevos docentes, por decisión de los gobiernos de turno, lleva más de diez años congelado.

La urgente actualización de equipos de laboratorio, dotación de aulas de clase, fortalecimiento de programas de bienestar, construcción de nuevas edificaciones necesarias para alojar más estudiantes con condiciones adecuadas para sus labores, reconstrucción, reforzamiento y actualización de la infraestructura que en algunos casos ya está en ruina y, además, la creación y mantenimiento de los espacios de esparcimiento, mobiliario urbano y vías internas hace incierto el futuro cercano de la Universidad Nacional de Colombia, de su calidad y del cumplimiento de su responsabilidad ante el país.

Si se tiene en cuenta el presupuesto neto de la Universidad, el aporte de la Nación en los últimos diez años ha disminuido en términos porcentuales frente a los recursos propios de la Institución. En el año 2000 la Nación aportaba el 82% y los recursos propios de la Universidad representaban el 18%, para el año 2011 esta relación se comportó con un 57% de recursos Nación y un 43% de recursos propios. Desde otro punto de vista, podemos apreciar que del 2000 al 2010 en pesos constantes el presupuesto de la Universidad Nacional creció solo un 40%, apoyado principalmente en los recursos propios que en este mismo periodo crecieron un 177%.

Es importante que el Estado revise sus políticas en el campo de la educación superior. El país se merece y requiere de una universidad de nivel mundial que aporte con contundencia a su progreso y sea protagonista en la construcción de una sociedad más justa y moderna.

El Hospital Universitario. La Universidad Nacional de Colombia posee tres facultades del área de la salud, la de Medicina, la de Enfermería y la de Odontología en donde ofrece al país 73 programas curriculares, 7 pregrados, 10 especializaciones, 53 maestrías y especialidades y, además, 3 doctorados. Aunque académicamente es reconocida en Colombia como una de las mejores universidades en esta área, en la actualidad es una de las áreas con mayores amenazas y problemas por causa de la falta de espacios en donde los cerca de 4.000 estudiantes puedan llevar a cabo prácticas académicas adecuadas. Desde el cierre del Hospital San Juan de Dios en 2000, las facultades del área de la salud en la Universidad se han sumido en una crisis permanente de falta de centro de prácticas de calidad que ha provocado en reiteradas ocasiones intermitencia académica por cierres de semestres.

A pesar de que la Universidad, con esfuerzos importantes, adquirió los terrenos de la Clínica Santa Rosa, este centro universitario se encuentra en obra negra y con dificultades de financiación para su conclusión, sin tener en cuenta la financiación necesaria para la dotación adecuada del centro hospitalario.

El proyecto de Hospital Universitario que requiere la Universidad Nacional de Colombia, la ciudad de Bogotá y el país en su conjunto, ha sido diseñado para que se pueda contar con un Hospital de IV nivel de complejidad con cerca de 300 camas, de referencia local y nacional en medicina crítica, con estructura operativa de tipo ambulatorio, hospitalario y domiciliario que en general se constituya en la institución hospitalaria más importante del país con atención a todos los estratos sociales y un amplio perfil de centro de investigación y desarrollo tecnológico.

Sin embargo, en la actual situación de desfinanciamiento de la Universidad, este proyecto ya diseñado no puede volverse realidad, pues las necesidades de la Universidad y la gran inversión requerida para el Hospital hacen del proyecto un sueño inviable para el país.

La Ciudad Universitaria en crisis. *La Ciudad Universitaria de la Universidad Nacional de Colombia es uno de los más hermosos campus académicos del país. En alguna época se le llamó La Ciudad Blanca porque sus edificaciones immaculadas se erguían en medio de la ciudad de Bogotá. La Ciudad Universitaria se diseñó con espacios amplios y bien pensados para acoger a profesores y estudiantes en un ambiente propicio para la educación.*

Todos los educadores reconocen la profunda influencia del ambiente, de los espacios y la infraestructura en la educación, de la misma forma cómo el ambiente de una ciudad influye en el comportamiento de sus ciudadanos. Así pues, en la actualidad educar con calidad y responsabilidad es una tarea cada vez más difícil y problemática en la Universidad Nacional, pues su ambiente educativo, en más del 50%, se encuentra en mal estado, en algunos casos hasta en ruinas. Ese esplendoroso Campus, símbolo de la ciudad hace algunas décadas, es hoy en día un ambiente destruido y descuidado en donde la educación de nuestros profesionales e investigadores se abre paso entre grietas y ruinas.

La sede Bogotá de la Universidad Nacional de Colombia, cuenta actualmente con 152 edificaciones, de las cuales 129 se encuentran dentro de la Ciudad Universitaria (incluyendo la Unidad Camilo Torres y el Edificio Uriel Gutiérrez) y las 23 restantes corresponden a centros culturales y de extensión que están localizados en diferentes puntos de la ciudad de Bogotá (en este grupo de edificaciones se incluyen entre otros, la Casa Museo Jorge Eliécer Gaitán, el Observatorio Astronómico, el Claustro de San Agustín y el Hospital Universitario).

La sede Bogotá está conformada entonces por 152 edificios y cerca de 355.000 m² los cuales albergan diariamente más de 40.000 personas, entre estudiantes de pregrado, posgrado y de los cursos de extensión, profesores, personal administrativo y público en general.

De las 152 edificaciones existentes, 131 fueron construidas antes de la expedición de la NSR-98 (Norma Sismorresistente 98, Ley 400 de 1997), las cuales representan el 90% del total de las edificaciones. Esto significa que la Universidad debe establecer un plan para actualizar la infraestructura a la normatividad vigente, teniendo en cuenta que se trata de edificios públicos muy concurridos. En un enorme esfuerzo, la Universidad ha adelantado desde el 2003 obras

de reforzamiento estructural y actualización de redes técnicas a 7 edificios, en un área total de 20.875 m², lo cual corresponde solamente al 5.8% del área construida.

Por otra parte, es importante mencionar que actualmente la sede Bogotá cuenta con 3 edificios totalmente inutilizados, porque han presentado grietas y asentamientos diferenciales importantes, por lo cual fue necesario evacuarlos. Esto hace que se tengan 15.450 m² en amenaza de ruina. Del total del área construida, el 56% que corresponde a 62 edificaciones, se encuentra en alto riesgo de vulnerabilidad estructural. Por consiguiente, es necesario que de inmediato se intervengan estos 62 edificios.

A estos problemas de la infraestructura se le suma el hecho de que los recursos que anualmente se destinan al mantenimiento de la infraestructura son insuficientes para proteger a los edificios de otros problemas como las humedades producidas por el desgaste natural de las cubiertas y por las filtraciones de agua en los primeros pisos por el aumento de las precipitaciones en los últimos años, el desgaste natural de las redes eléctricas, hidráulicas y sanitarias y la obligatoriedad de preparar a los edificios con sistemas de protección contra incendio y de accesibilidad para discapacitados.

Por otra parte, la Universidad no cuenta con un sistema de almacenamiento de reserva de agua potable y la regulación del suministro de la red eléctrica también tiene muchas debilidades puesto que las plantas eléctricas están ubicadas en ciertos casos en edificios con alto contenido de humedad por lo cual no proporcionan un buen servicio.

En conclusión, es necesario que se inicie cuanto antes la ejecución de un plan de actualización de la infraestructura desde el punto de vista del reforzamiento estructural y de la actualización de las redes técnicas en la Ciudad Universitaria.

Los problemas académicos que esa situación conlleva son muchos, muy serios y muy variados. La Universidad Nacional, por ejemplo, presenta en la actualidad casos de hacinamiento en algunas facultades, dificultad generalizada en la programación de clases pues los grupos se deben turnar para ocupar los espacios habilitados. Riesgo constante en la seguridad de los estudiantes, profesores, administrativos y visitantes por el deterioro de la infraestructura de la Ciudad Universitaria (aulas de clase, auditorios, laboratorios, baños, zonas comunes, cafeterías, etc.). Laboratorios desactualizados e insuficientes para las funciones de docencia e investigación. En algunos casos los equipos corren alto riesgo de daños por el ambiente en el que se encuentran ubicados. Se presentan limitaciones en el bienestar universitario, dada la carencia de cafeterías y restaurantes adecuados, así como también de espacios de esparcimiento y deportivos. Las vías internas, tanto vehiculares como peatonales presentan un alto grado de deterioro que provoca grandes dificultades en la circulación normal de la comunidad universitaria. En general los profesores y estudiantes se han visto obligados a desarrollar estrategias alternativas para desarrollar las clases y los exámenes en corredores, al aire libre en medio del bullicio o en las escasas cafeterías del campus.

Apoyar la modernización de la Universidad. El país no puede negarse la posibilidad de tener una universidad moderna y con la talla de las mejores universidades en el mundo. La Universidad Nacional de Colombia tiene todas las posibilidades de lograr en el mediano plazo este nivel. Cuenta con una de las mejores plantas docentes de cualquier universidad en Colombia; sus

estudiantes, que en su mayoría son de los estratos socioeconómicos más bajos de la sociedad y que provienen de todos los rincones del país, superan un examen de admisión exigente que garantiza desde el inicio un alto nivel académico, ampliamente potencializado en el tránsito de su carrera.

La Universidad Nacional de Colombia lleva 145 años aportando al progreso y desarrollo del país; sin embargo, ella misma requiere crecer, ensanchar sus posibilidades, consolidar su internacionalización, fortalecer su desarrollo académico e investigativo, acoger a más jóvenes colombianos en sus aulas, ofreciéndoles la mejor educación del país, influir con su consejo, apoyo y ejecución en más regiones colombianas, fortalecer los programas estratégicos para el progreso de la nación, ofrece más y mejores posibilidades educativas, desde programas virtuales, currículos alternativos, doble titulación efectiva, hasta horarios nocturnos para el desarrollo de programas académicos.

La Universidad moderna, con infraestructura adecuada y excelente dotación necesariamente aportará de forma contundente en la equidad social, el fortalecimiento de la conciencia social y la responsabilidad civil, el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos con su propuesta urbanística que piense a las ciudades como centros de participación y construcción social, influyendo en la cultura (ofreciéndola sin exclusión y construyéndola) y, por supuesto, aportando con todo esto a la paz y el progreso de nuestro país.

Por estas razones el presente proyecto de ley no solamente es de interés para una institución de educación superior, es la responsabilidad y el compromiso de toda una Nación que sabe que en la educación y la preparación de sus ciudadanos se encuentra el camino hacia un mejor futuro económico, social y humano. El interés de que este proyecto se apruebe se encuentra en cada colombiano que espera que el Estado venza en la batalla contra la inequidad, la exclusión social, la miseria y la violencia a través del apoyo irrestricto a la educación pública de calidad”.

Ahora bien, el articulado propuesto era del siguiente tenor:

“Artículo 1°. Creación. Créase y emítase la Estampilla Universidad Nacional de Colombia y Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia hasta por la suma de un billón de pesos (\$1.000.000.000.000). El monto total recaudado se establece a precios constantes de 2012.

Artículo 2°. Naturaleza jurídica. La estampilla Universidad Nacional de Colombia y Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia es una contribución parafiscal, con destinación específica, para el fortalecimiento de la Institución educativa mencionada y cuyo recaudo no ingresará al presupuesto nacional, sino que será administrado directamente por el ente autónomo en cuyo favor se impone la contribución.

Artículo 3°. Destinación de los recursos. Los recursos que mediante la estampilla se recauden se destinarán a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Artículo 4°. Hecho generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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 del 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 exentos de esta contribución los contratos del orden nacional que se suscriban al amparo de la figura de urgencia manifiesta, los contratos interadministrativos, los que suscriban entidades que presten servicios de salud, educativos, protección e inclusión social y reconciliación, así como aquellos que contemplen el fomento y apoyo a la educación o que tengan por objeto la construcción de vivienda de interés social.

Artículo 5°. Sujeto pasivo. La contribución parafiscal 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.

Artículo 6°. Base gravable y tarifa. El sujeto pasivo definido en el artículo 5° 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 \$0 y \$1.000.000.000 pagarán el 0.5%. Los contratos entre \$1.000.000.001 y 3.000.000.000 pagarán el 1% y los contratos de \$3.000.000.001 en adelante pagarán el 2%.

Artículo 7°. Causación. Es obligación pagar el aporte parafiscal para la legalización del contrato, para lo cual la entidad estatal contratante deberá exigir el correspondiente recibo de caja.

Artículo 8°. Recaudo. El recaudo de la estampilla se realizará a través de las tesorerías o de las dependencias administrativas que hagan sus veces en las entidades contratantes. En todo caso el representante legal de la entidad pública nacional o su delegado, como responsables de la contratación, velarán por el cumplimiento de esta obligación.

Artículo 9°. Administración y control. La Universidad Nacional de Colombia en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementará un sistema de administración de los recursos provenientes del recaudo de la estampilla, respecto de los cuales el órgano fiscal competente ejercerá el correspondiente control. La administración comprende facultades de recaudo, fiscalización, liquidación, cobro persuasivo y coactivo, solución de peticiones y recursos que se presenten, además de cualquier otra necesaria para la recta y oportuna percepción de la contribución. Las tesorerías de las entidades públicas nacionales deberán trasladar los recursos de las estampillas a la cuenta de la Universidad Nacional de Colombia dentro de los diez días siguientes al mes en que se recauden. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

Artículo 10. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación”¹

En el informe de ponencia para primer debate en Cámara se lee:

¹ Congreso de la República. Gaceta del Congreso 726 de 2012.

“Otras consideraciones. La Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que pretenden recursos para instituciones universitarias públicas mediante la creación de estampillas, así pues la Corte ha señalado:

“Si lo que se desea es ayudar al saneamiento financiero de una universidad con impacto nacional, es apenas lógico que se asegure que los recursos lleguen a ella y que sean adecuadamente utilizados. Además, la intervención es razonablemente proporcionada, en la medida que se trata de un ingreso adicional que no altera el presupuesto general de la entidad ni entorpece su normal funcionamiento”. (Sentencia C-089 de 2001).

Por otro lado, en cuanto a la clase del tributo, las estampillas han sido definidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado como tasas parafiscales. Así pues, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

“Las tasas participan de la naturaleza de las contribuciones parafiscales, en la medida que constituyen un gravamen cuyo pago obligatorio deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos; son de carácter excepcional en cuanto al sujeto pasivo del tributo; los recursos se revierten en beneficio de un sector específico; y están destinados a sufragar los gastos en que incurran las entidades que desarrollan funciones de regulación y control y en el cumplimiento de funciones propias del Estado.

La tasa si bien puede corresponder a la prestación directa de un servicio público, del cual es usuario el contribuyente que se beneficia efectivamente, también puede corresponder al beneficio potencial por la utilización de servicios de aprovechamiento común, como la educación, la salud, el deporte, la cultura, es decir, que el gravamen se revierte en beneficio social. Las primeras se definen como tasas administrativas en cuanto equivalen a la remuneración pagada por los servicios administrativos, y las segundas como tasas parafiscales y son las percibidas en beneficio de organismos públicos o privados, pero no por servicios públicos administrativos propiamente dichos, pues se trata de organismos de carácter social. Entonces, las estampillas, dependiendo de si se imponen como medio de comprobación para acreditar el pago del servicio público recibido, tendrán el carácter de administrativas; o de parafiscales, si corresponden al cumplimiento de una prestación que se causa a favor de la entidad nacional o territorial como sujeto impositivo fiscal” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Ligia López. Expediente 14527 de octubre 5 de 2006).

Por último, es importante resaltar que aunque el hecho gravable del presente proyecto de ley está constituido por los contratos de obra pública que suscriban entidades de nivel nacional y, por tanto, en apariencia se afecta un sector específico de la economía, como lo es el sector de la construcción, en realidad dicho sector no se verá afectado de ninguna manera, puesto que los recursos obtenidos por este proyecto de ley serán destinados en su totalidad a la construcción, reconstrucción y adecuación de la planta física de todos los campus de la Universidad Nacional de Colombia; de tal forma que los recursos retornarán al sector económico de la construcción.

El proyecto de ley que se presenta a la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes tiene como fin crear la Estampilla Universidad Nacional de Colombia y Hospital Universitario

de la Universidad Nacional de Colombia y busca permitirle a esta institución su urgente modernización en los aspectos de infraestructura y el impulso necesario para consolidar la planta física del Hospital Universitario de IV Nivel, necesario para la Universidad, la Ciudad de Bogotá y el país en general. Los fines de este proyecto de ley, por lo tanto, son eminentemente sociales y pretende reconocer que desde su fundación la Universidad Nacional de Colombia ha desempeñado un profundo e importante papel en la vida de los colombianos y en el desarrollo de nuestra nación. Este proyecto de ley se ajusta a los preceptos constitucionales y legales necesarios para su expedición”² (Resalta la Sala)

El texto que fue aprobado por la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes es el que se transcribe a continuación:

“Artículo 1°. Creación. Créase y emítase la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

Artículo 2°. 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 administrado directamente por el ente autónomo en cuyo favor se impone el tributo.

Artículo 3°. Destinación de los recursos. Los recursos que se recauden mediante la estampilla se destinarán prioritariamente a la infraestructura, dotación, modernización tecnológica, apoyo a la investigación, apoyo a programas de bienestar estudiantil, becas y desarrollo de nuevos campus universitarios de las universidades estatales del país y demás programas que en su autonomía establezcan los Consejos Superiores Universitarios.

Propendiendo siempre con estos recursos por la disminución de los costos por matrículas de los estudiantes de los estratos 1, 2 y 3, para ello, los consejos superiores de las Universidades públicas definirán los criterios técnicos para la aplicación de esta directriz.

Parágrafo. Durante los primeros cinco años de entrada en vigencia de la presente ley, los recursos asignados a la Universidad Nacional de Colombia se destinarán prioritariamente a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Artículo 4°. Hecho generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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 del 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.

2 Congreso de la República. Gaceta del Congreso 177 de 2013.

Artículo 5°. Sujeto pasivo. 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.

Artículo 6°. Base gravable y tarifa. El sujeto pasivo definido en el artículo 5° 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 4° 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.

Artículo 7°. Causación. Es obligación para la contribución parafiscal para la legalización del contrato, para lo cual la entidad estatal contratante deberá exigir el respectivo comprobante.

Artículo 8°. Recaudo. El recaudo de la estampilla se realizará a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN).

Artículo 9°. Administración y control. Las universidades estatales en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementarán un sistema de administración de los recursos provenientes del recaudo de la estampilla, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejercerá el correspondiente control fiscal. La DIAN deberá trasladar los recursos de la estampilla a las cuentas de las universidades estatales semestralmente de acuerdo con la distribución definida en el artículo 3° de la presente ley y la resolución expedida por el Ministerio de Educación Nacional para tal efecto. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

Parágrafo. Las universidades estatales presentarán informes anuales, avalados por sus Consejos Superiores, al Congreso de la República, al Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la especificación de los recursos recibidos a través de la Estampilla y el detalle de la ejecución de los mismos.

Artículo 10. Control político. El Congreso de la República podrá en cualquier momento, ejercer debate de control político a las universidades estatales sobre los recursos captados por concepto del tributo formalizado en la presente ley.

Artículo 11. Distribución de los recursos. La distribución de los recursos recaudados por la presente estampilla se realizará de la siguiente manera:

Durante los primeros cinco (5) años, a partir de la promulgación de la presente ley, el 70% del recaudo se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 30% restante a las demás

universidades estatales del país. A partir del sexto año el 30% de lo recaudado se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 70% a las demás universidades estatales del país.

Parágrafo. Los recursos transferidos a las universidades estatales, exceptuando la Universidad Nacional de Colombia, se asignarán mediante resolución del Ministerio de Educación Nacional. Dicha asignación se hará en proporción directa a la tasa de graduación del año inmediatamente anterior en cada institución.

Artículo 12. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación”³

En el informe de ponencia para segundo debate aparece:

“Después de veinte años de estar en vigencia la Ley 30 de 1992, hoy encontramos que su modelo de financiación de la educación superior pública es insuficiente para soportar el crecimiento natural de las universidades estatales, que en una sociedad del conocimiento tiene la responsabilidad de evolucionar en complejidad. (...)

Las universidades estatales se encuentran desfinanciadas y las primeras dificultades se encuentran en el apoyo a los estudiantes de posgrado. Se están presentando recortes sustanciales en becas y restricción permanente en el ofrecimiento de cupos en todos los niveles, por causa de la limitación financiera crónica que sufren las Instituciones de Educación Superior Pública. Por esta misma razón se ve amenazado el crecimiento de la infraestructura física y tecnológica de las universidades estatales, el fortalecimiento de la investigación, los programas de internacionalización, el incremento del nivel académico de la planta docente y, como ya se dijo, la ampliación de la cobertura en todos los niveles de la educación superior.

En particular, en las últimas décadas el Estado colombiano no ha respondido de forma adecuada a las necesidades de modernización de la Universidad Nacional de Colombia. Encontramos, que para las múltiples responsabilidades y retos de la universidad estatal más importante del país el crecimiento del presupuesto destinado por el Estado es muy bajo y ampliamente insuficiente frente al crecimiento y el desarrollo de la Universidad. Esta situación contrasta con los grandísimos esfuerzos en los que se ha visto obligada la Universidad para conseguir recursos propios que le permitan sostener un vector de desarrollo que, aunque cada vez más débil, la mantiene como una institución de alta calidad en el país. (...)

Si se tiene en cuenta el presupuesto neto de la Universidad, el aporte de la Nación en los últimos diez años ha disminuido en términos porcentuales frente a los recursos propios de la Institución. En el año 2000 la Nación aportaba el 82% y los recursos propios de la Universidad representaban el 18%, para el año 2011 esta relación se comportó con un 57% de recursos Nación y un 43% de recursos propios. Desde otro punto de vista, podemos apreciar que del 2000 al 2010 en pesos constantes el presupuesto de la Universidad Nacional creció solo un 40%, apoyado principalmente en los recursos propios de la Universidad que en este mismo periodo crecieron un 177%. (...)

3 Ibidem.

Por último, es importante resaltar que aunque el hecho gravable del presente proyecto de ley está constituido por los contratos de obra pública que suscriban entidades de nivel nacional y, por tanto, en apariencia se afecta un sector específico de la economía, como lo es el sector de la construcción, en realidad dicho sector no se verá afectado de ninguna manera, puesto que los recursos obtenidos por este proyecto de ley serán destinados en su totalidad a la construcción, reconstrucción y adecuación de la planta física de todos los campus de la Universidad Nacional de Colombia; de tal forma que los recursos retornarán al sector económico de la construcción.

El proyecto de ley que se presenta a la Plenaria de la Cámara de Representantes tiene como fin crear la Estampilla Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia y busca permitirle a estas instituciones su urgente modernización en los aspectos de infraestructura y el impulso necesario para consolidar la planta física del Hospital Universitario de IV Nivel de la Universidad Nacional de Colombia, necesario para la Universidad, la ciudad de Bogotá y el país en general. Los fines de este proyecto de ley, por lo tanto, son eminentemente sociales y pretende reconocer que desde su fundación las universidades han desempeñado un profundo e importante papel en la vida de los colombianos y el en desarrollo de nuestra nación. Este proyecto de ley se ajusta a los preceptos constitucionales y legales necesarios para su expedición⁴. (Negrilla fuera del texto).

Es así, que el texto aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes es el siguiente:

“Artículo 1°. Creación. Créase y emítase la Estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

Artículo 2°. 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 administrado directamente por el ente autónomo en cuyo favor se impone el tributo.

Artículo 3°. Distribución de los recursos. La distribución de los recursos recaudados por la presente estampilla se realizará de la siguiente manera: durante los primeros cinco (5) años, a partir de la promulgación de la presente ley, el 70% del recaudo se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 30% restante a las demás universidades estatales del país. A partir del sexto año el 30% de lo recaudado se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 70% a las demás universidades estatales del país.

Parágrafo. Los recursos transferidos a las universidades estatales, exceptuando la Universidad Nacional de Colombia, se asignarán mediante resolución del Ministerio de Educación Nacional. Dicha asignación se hará en proporción directa a la tasa de graduación del año inmediatamente anterior en cada institución.

Artículo 4°. Destinación de los recursos. Los recursos que se recauden mediante la estampilla se destinarán prioritariamente a la infraestructura, dotación, modernización tecnológica, apo-

4 Congreso de la República. Gaceta del Congreso 362 de 2013.

yo a la investigación, apoyo a programas de bienestar estudiantil, becas y desarrollo de nuevos campus universitarios de las universidades estatales del país y demás programas que en su autonomía establezcan los Consejos Superiores Universitarios. Propendiendo siempre con estos recursos por la disminución de los costos por matrícula de los estudiantes de los estratos 1, 2 y 3. Para ello, los Consejos Superiores de las universidades estatales definirán los criterios técnicos para la aplicación de esta directriz.

Parágrafo. Durante los primeros cinco años de entrada en vigencia de la presente ley, los recursos asignados a la Universidad Nacional de Colombia se destinarán prioritariamente a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Artículo 5°. Hecho generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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 excluidos de esta contribución los contratos interadministrativos y sus conexos que las entidades nacionales suscriban con entidades del orden territorial.

Artículo 6°. Sujeto pasivo. 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.

Artículo 7°. Base gravable y tarifa. El sujeto pasivo definido en el artículo 5° 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.

Artículo 8°. Causación. Es obligación pagar la contribución parafiscal para la legalización del contrato, para lo cual la entidad estatal contratante deberá exigir el respectivo comprobante.

Artículo 9°. Recaudo. El recaudo de la estampilla se realizará a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN).

Artículo 10. Administración y control. Las universidades estatales en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementarán un sistema de adminis-

tración de los recursos provenientes del recaudo de la estampilla, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejercerá el correspondiente control fiscal. La DIAN deberá trasladar los recursos de la estampilla a las cuentas de las universidades estatales semestralmente de acuerdo con la distribución definida en el artículo 3° de la presente ley y la resolución expedida por el Ministerio de Educación Nacional para tal efecto. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

Parágrafo. Las universidades estatales presentarán informes anuales, avalados por sus Consejos Superiores, al Congreso de la República, al Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la especificación de los recursos recibidos a través de la Estampilla y el detalle de la ejecución de los mismos.

Artículo 11. Control político. El Congreso de la República podrá en cualquier momento, ejercer debate de control político a las universidades estatales sobre los recursos captados por concepto de la Estampillas formalizada en la presente ley.

Artículo 12. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación”⁵

Ya en el Senado de la República, en el informe de ponencia para primer debate en la Comisión Tercera Constitucional Permanente se anotó:

“Las dificultades presupuestales de las universidades estatales han provocado un incremento en las tasas de cubrimiento y retención de los estudiantes, además de poner en riesgo la calidad de la enseñanza, la investigación y la labor social, misión central de dichas instituciones.

Estos problemas que surgen por la limitada financiación del Estado a sus universidades, no les permiten contar con la indispensable actualización tecnológica, construir, reconstruir y adecuar su infraestructura, para cumplir así con el cubrimiento, la internacionalización, el bienestar y desarrollo, retos a los que se enfrentan las universidades del siglo XXI.

En este sentido, la presente ley crea la Estampilla para apoyar a las universidades estatales, de las que habla el Título III de la Ley 30 de 1992, con recursos financieros provenientes de un tributo parafiscal asignado a los contratos de obra, suscritos por las entidades públicas del nivel nacional.

La distribución de los recursos recaudados se hace de acuerdo con la importancia y peso existente dentro del sistema de educación superior del país y teniendo en cuenta las alarmantes e inaplazables necesidades que presenta la casa de estudios más importante de la Nación en la actualidad (principalmente problemas de infraestructura y Hospital Universitario), la Universidad Nacional de Colombia, quien recibirá en los primeros cinco (5) años de vigencia de la ley el 70% de los recursos, mientras que las demás universidades estatales recibirán el 30% restante. Pasados estos cinco años, la proporción en la distribución se invertirá de tal forma que las universidades estatales, exceptuando a la Universidad Nacional de Colombia, recibirán el 70% de los recursos recaudados y la Universidad Nacional el 30% restante.

5 Congreso de la República. Gaceta del Congreso 449 de 2013.

Además, la ley contempla que la distribución de los recursos a las universidades estatales distintas a la Universidad Nacional de Colombia se realice teniendo en cuenta la tasa de graduación anual en cada una de las instituciones. Incentivar la tasa de graduación en las universidades estatales del país busca incrementar la cobertura real, pues el criterio se enfoca en el incremento del número de jóvenes que estudian y logran con éxito su graduación en las universidades oficiales. Este criterio, también incentiva la disminución en la deserción (las universidades deben preocuparse por graduar a los estudiantes que han admitido y han matriculado). Todos estos criterios sin desconocer la necesidad que existe de una educación con calidad.

En general, con la creación de la estampilla se apoyarán los proyectos universitarios que propendan por el incremento de la calidad, la equidad y la diversidad en las universidades estatales, principales formadoras de los jóvenes con condiciones menos favorables dentro de la sociedad colombiana. (...)

Las universidades estatales se encuentran desfinanciadas y las primeras dificultades se encuentran en el apoyo a los estudiantes de posgrado. En la actualidad se presentan recortes sustanciales en becas y restricción permanente en el ofrecimiento de cupos en todos los niveles, por causa de la limitación financiera crónica que sufren las Instituciones de Educación Superior Pública. Por esta misma razón se ve amenazado el crecimiento de la infraestructura física y tecnológica de las universidades estatales, el fortalecimiento de la investigación, los programas de internacionalización, el incremento del nivel académico de la planta docente y, como ya se dijo, la ampliación de la cobertura en todos los niveles de la educación superior. (...)

Si se tiene en cuenta el presupuesto neto de la Universidad Nacional de Colombia, por ejemplo, el aporte de la Nación en los últimos diez años ha disminuido en términos porcentuales frente a los recursos propios de la Institución. En el año 2000 la Nación aportaba el 82% y los recursos propios de la Universidad representaban el 18%, para el año 2011 esta relación se comportó con un 57% de recursos Nación y un 43% de recursos propios. Desde otro punto de vista, podemos apreciar que del 2000 al 2010 en pesos constantes el presupuesto de la Universidad Nacional creció solo un 40%, apoyado principalmente en los recursos propios de la Universidad que en este mismo periodo crecieron un 177%.(...)

Fundamentos jurídicos. *El presente proyecto de ley se propone bajo el marco de la Constitución Política de Colombia y en especial, vinculado con los artículos 67, 68, 69 y 366 de la Carta Magna:*

Artículo 67. *La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. (...)*

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. (...)

Artículo 68. *(...) La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente (...).*

Artículo 69. (...) El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo (...).

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

De la misma forma la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994 establece una clara responsabilidad estatal así:

Artículo 4°. Calidad y cubrimiento del servicio. Corresponde al Estado, a la Sociedad y a la Familia velar por la calidad de la educación y promover el acceso al servicio público educativo, y es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, garantizar su cubrimiento.

El Estado deberá atender en forma permanente los factores que favorecen la calidad y el mejoramiento de la educación; especialmente velará por la cualificación y formación de los educadores, la promoción docente, los recursos y métodos educativos, la innovación e investigación educativa, la orientación educativa y profesional, la inspección y evaluación del proceso educativo.

Por otro lado, la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que pretenden recursos para instituciones universitarias públicas mediante la creación de estampillas, así pues la Corte ha señalado:

Si lo que se desea es ayudar al saneamiento financiero de una universidad con impacto nacional, es apenas lógico que se asegure que los recursos lleguen a ella y que sean adecuadamente utilizados. Además, la intervención es razonablemente proporcionada, en la medida que se trata de un ingreso adicional que no altera el presupuesto general de la entidad ni entorpece su normal funcionamiento. (Sentencia C-089 de 2001).

Por otro lado, en cuanto a la clase del tributo, las estampillas han sido definidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado como tasas parafiscales. Así pues, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

“Las tasas participan de la naturaleza de las contribuciones parafiscales, en la medida que constituyen un gravamen cuyo pago obligatorio deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos; son de carácter excepcional en cuanto al sujeto pasivo del tributo; los recursos se revierten en beneficio de un sector específico; y están destinados a sufragar los gastos en que incurran las entidades que desarrollan funciones de regulación y control y en el cumplimiento de funciones propias del Estado.

La tasa si bien puede corresponder a la prestación directa de un servicio público, del cual es usuario el contribuyente que se beneficia efectivamente, también puede corresponder al beneficio potencial por la utilización de servicios de aprovechamiento común, como la educación, la salud, el deporte, la cultura, es decir, que el gravamen se revierte en beneficio social. Las pri-

meras se definen como tasas administrativas en cuanto equivalen a la remuneración pagada por los servicios administrativos, y las segundas como tasas parafiscales y son las percibidas en beneficio de organismos públicos o privados, pero no por servicios públicos administrativos propiamente dichos, pues se trata de organismos de carácter social. Entonces, las estampillas, dependiendo de si se imponen como medio de comprobación para acreditar el pago del servicio público recibido, tendrán el carácter de administrativas; o de parafiscales, si corresponden al cumplimiento de una prestación que se causa a favor de la entidad nacional o territorial como sujeto impositivo fiscal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Ligia López. Expediente 14527 de octubre 5 de 2006).

Por último, es importante resaltar que aunque el hecho gravable del presente proyecto de ley está constituido por los contratos de obra pública que suscriban entidades de nivel nacional y, por tanto, en apariencia recae en un sector específico de la economía, como lo es el sector de la construcción, en realidad dicho sector no se verá afectado de ninguna manera, puesto que los recursos obtenidos por este proyecto de ley serán destinados en buena medida a la construcción, reconstrucción y adecuación de la planta física de todos los campus de las universidades estatales; de tal forma que los recursos retornarán al sector económico de la construcción”⁶

El texto propuesto por los ponentes dice:

“Artículo 1°. 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.

Artículo 2°. 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.

Artículo 3°. Distribución de los recursos. La distribución de los recursos recaudados por la presente estampilla se realizará de la siguiente manera: durante los primeros cinco (5) años, a partir de la promulgación de la presente ley, el 70% del recaudo se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 30% restante a las demás universidades estatales del país. A partir del sexto año el 30% de lo recaudado se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 70% a las demás universidades estatales del país.

Parágrafo. Los recursos transferidos a las universidades estatales, exceptuando la Universidad Nacional de Colombia, se asignarán mediante resolución del Ministerio de Educación Nacional. Dicha asignación se hará de acuerdo con el número de graduados por nivel de formación del año inmediatamente anterior en cada institución. La ponderación de graduados por cada nivel se hará de la siguiente manera:

6 Congreso de la República. Gaceta del Congreso 816 de 2013.

Ponderación	
Nivel	Valor
Doctorados	4
Maestrías y especializaciones médicas	3
Especializaciones	2.5
Pregrado	2

Para los programas no presenciales en cualquier nivel de formación, se asignará el valor por nivel correspondiente definido en la tabla anterior.

Artículo 4°. Destinación de los recursos. Los recursos que se recauden mediante la estampilla se destinarán prioritariamente a la construcción, adecuación y modernización de la infraestructura universitaria y a los estudios y diseños requeridos para esta finalidad; además de la dotación, modernización tecnológica, apoyo a la investigación, apoyo a programas de bienestar estudiantil, subsidios estudiantiles y desarrollo de nuevos campus universitarios de las universidades estatales del país y demás programas que en su autonomía establezcan los Consejos Superiores Universitarios. Propendiendo siempre con estos recursos por la disminución de los costos por matrícula de los estudiantes de los estratos 1, 2 y 3. Para ello, los Consejos Superiores de las universidades estatales definirán los criterios técnicos para la aplicación de esta directriz.

Parágrafo. Durante los primeros cinco años de entrada en vigencia de la presente ley, los recursos asignados a la Universidad Nacional de Colombia se destinarán prioritariamente a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Artículo 5°. Hecho generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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.

Artículo 6°. Sujeto pasivo. 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.

Artículo 7°. Sujeto Activo. Como entidades que finalmente pueden disponer de los recursos recaudados mediante este tributo se define como sujeto activo en la presente ley a las universidades estatales del país, aquellas de las que habla el Título III de la Ley 30 de 1992.

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.

Artículo 9°. Causación. Es obligación de las entidades contratistas retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla definido según el artículo 8° de la presente ley.

Artículo 10. Recaudo. Créese el Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia como una cuenta especial de la nación, manejada por el Ministerio de Educación Nacional, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística con fines de interés público y asistencia social para recaudar y administrar los recursos provenientes de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia.

Artículo 11. Dirección y administración del fondo. La dirección y administración del fondo será ejercida por el ministerio de educación nacional, para cuyo efecto deberá:

a) Desarrollar las operaciones administrativas, financieras y contables del Fondo, de acuerdo con las normas reguladoras de estas materias;

b) Velar porque ingresen efectivamente al Fondo los recursos provenientes de la presente Estampilla;

c) Distribuir los recursos del Fondo de acuerdo con lo estipulado en la presente ley;

d) Elaborar la proyección anual de ingresos y gastos y los indicadores de gestión;

e) Rendir informes que requieran organismos de control u otras autoridades del Estado;

f) Las demás relacionadas con la administración del Fondo.

Artículo 12. Control. Las universidades estatales en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementarán un sistema de administración de los recursos provenientes del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejercerá el correspondiente control fiscal. El Ministerio de Educación Nacional, a través del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, deberá trasladar los recursos de la estampilla a las cuentas de las universidades estatales semestralmente de acuerdo con la distribución definida en el artículo 3º de la presente ley y la resolución expedida por el Ministerio de Educación Nacional para tal efecto. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

Parágrafo. Las universidades estatales presentarán informes anuales, avalados por sus Consejos Superiores, al Congreso de la República, al Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la especificación de los recursos recibidos a través del Fondo y el detalle de la ejecución de los mismos.

Artículo 13. Control político. El Congreso de la República podrá en cualquier momento, ejercer debate de control político a las universidades estatales sobre los recursos captados por concepto de la estampilla formalizada en la presente ley.

*Artículo 14. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación*⁷

En el informe de ponencia para la plenaria del Senado de la República se lee:

“En el curso de la evaluación del proyecto, los ponentes manifestamos nuestra conformidad con lo expresado por la Comisión Tercera de Senado y consideramos razonable y prudente la solicitud de la Comisión, con respecto a la limitación de la destinación de los recursos en el proyecto de ley, razón por la cual se modifica el artículo cuarto, a través de la eliminación del siguiente texto “los recursos asignados a los demás programas que en su autonomía establezcan los Consejos Superiores”.

En este sentido, los recursos recaudados se destinarán exclusivamente para construcción, adecuación y modernización de la infraestructura universitaria y a los estudios y diseños requeridos para esta finalidad. En tanto, se ha encontrado que este aspecto es la dificultad más urgente que debe atenderse en la gran mayoría de universidades estatales del país. De otra parte los recursos se invertirán en la dotación de dicha infraestructura, la modernización tecnológica y al apoyo a la investigación. Además, es importante, mencionar que los recursos deberán ser destinados al apoyo a programas de bienestar estudiantil y subsidios estudiantiles, con el fin de atender los déficits que en la actualidad poseen las 32 universidades públicas y que asciende a 218.239.807.664 de pesos, valor que dotaría de recursos mínimos a las universidades que deben asegurar sus programas de bienestar universitario para que se atienda por lo menos al 3% de la población estudiantil. (...)

Actualmente, la totalidad de las universidades públicas del país mantienen altos déficits recurrentes y de infraestructura que con el tiempo se han hecho implacables en contra del desarrollo de las instituciones de educación superior, afectando de manera estructural las finanzas

⁷ *Ibidem.*

de cada una de las 32 universidades públicas. Así las cosas, resulta imperativo que los recursos que se recauden producto de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales, se distribuyan entre las 32 universidades estatales; toda vez que dichas universidades tienen necesidades específicas en términos de infraestructura. Solamente el fortalecimiento de tipo regional será el motor para que el capital humano sea capacitado a nivel regional y este no migre a las ciudades centrales, dejando a las regiones con ausencia de capital humano que conozca y pueda atender las necesidades y requerimientos propios de las diferentes regiones. Es indispensable apoyar a todas y cada una de las universidades estatales del país. (...)

En primer lugar, el déficit calculado por el SUE para mantener un elevado nivel de calidad, una baja tasa de deserción y una mejor cobertura del sistema de educación a nivel superior se requiere de 11.2 billones de pesos, en su mayoría para infraestructura. Cifra con la que el Gobierno nacional no cuenta para ser invertida en las universidades y que es necesaria para el desarrollo del sector educación.

En segundo lugar, las necesidades en términos de reducción de los déficits de infraestructura con los que actualmente cuentan las 32 universidades estatales tales como: 1.6 billones de pesos de la Universidad Nacional de Colombia, 202 mil millones de pesos de la Universidad del Cauca, 187 mil millones de la Universidad de Córdoba, 204 en la Universidad Tecnológica del Chocó, 230 mil millones de pesos de la Universidad del Cesar, 125 mil millones de pesos de la Universidad Sur Colombiana de Neiva, 137 mil millones de pesos de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 543 mil millones de pesos de La Universidad de Pamplona, 235 mil millones de pesos de la Universidad del Atlántico, 77 mil millones de pesos de la Universidad de Sucre, 79 mil millones de pesos de la Universidad de Cundinamarca, 384 mil millones de pesos de la Universidad de Antioquia, 218 mil millones de la Universidad del Valle y 245 mil millones de pesos en la Universidad Industrial de Santander, entre otras universidades públicas del país. (...)

En tercer lugar, se tiene, entre otros aspectos, que los recursos otorgados por medio del cobro de estampillas a las diferentes universidades estatales, además de mejorar la calidad de vida de los estudiantes a lo largo y ancho del país, mejoran las condiciones de competencia y desarrollo de las regiones. Pero solamente, en tanto se le garantice a estos centros educativos la infraestructura suficiente y adecuada para atender a sus raizales y así el capital humano de las diferentes regiones no tendrá incentivos para migrar hacia las grandes ciudades como Bogotá, Medellín y Cali, sino que estos estudiantes se mantendrán en sus regiones y de esta manera se fortalezca la educación formal en las diferentes regiones, además de la posibilidad de que 2.500.000 de colombianos entre los 17 y los 21 años mantengan la posibilidad de acceder a los estudios de educación superior y no pasen a formar parte de las estadísticas de desempleo del país; todo esto producto de la inversión en infraestructura y desarrollo tecnológico en las universidades públicas de nuestra nación.

Como se mencionó anteriormente, las 32 universidades estatales no cuentan con recursos suficientes para atender las necesidades propias de su desarrollo y mejoramiento, debido a que la mayor parte de los recursos que estas instituciones reciben por parte del Gobierno se encuentran dirigidos a pagar el elevado pasivo pensional que les acompaña desde ya hace varios años y que imposibilitan que nuestros estudiantes puedan acceder a aulas de clase dignas, recursos tecnológicos y acompañamiento psicológico que redunde en la disminución de

las elevadas tasa de deserción que tenemos actualmente en el sistema de educación nacional y que han sido validadas por la actual Ministra de Educación.

Por los puntos anteriormente expuestos, como ponentes consideramos que el concepto de igualdad no debe tomarse como el hecho de grande, pequeño o si se cuenta con estampilla o no, sino que el criterio que debe tenerse en cuenta en el presente proyecto de ley es el dar la posibilidad a más de 2.500.000 de colombianos de poder educarse de una manera eficiente, con calidad y con la posibilidad de generar el desarrollo en sus regiones y en el país en su conjunto, no solo desde el punto de vista del talento humano sino también desde el punto de vista de la inclusión social.

De otra parte, fue necesario cambiar la palabra contratista por contratante dispuesta en el artículo 9° del presente proyecto de ley, toda vez que no es el contratista quien puede retener a título personal los recursos producto del tributo, sino que esta es una responsabilidad del contratante, es decir la entidad estatal del nivel nacional que adelante el contrato de obra mediante el cual se hace efectivo el respectivo tributo.

Finalmente, como petición de la comisión resulta imperativo hacer mención a la creación del Fondo que se crea mediante el artículo 10, toda vez que este Fondo resulta necesario para administrar los dineros recaudados producto de la contribución parafiscal. Dado que en el proyecto de ley aprobado en la Cámara de Representantes dichos recursos eran administrados y recaudados por parte de la DIAN se vio la necesidad de realizar una modificación, puesto que esta entidad no es la responsable para hacer este tipo de funciones. Por lo anterior, el Fondo Nacional de las Universidades Estatales, administrado por el Ministerio de Educación Nacional, es un Fondo sin personería jurídica, sin personal a su cargo y que cumple única y exclusivamente la función de facilitar el recaudo del dinero producto de la contribución, para que este sea entregado a las universidades estatales de acuerdo con los criterios establecidos en el presente proyecto de ley⁸.

El texto sometido a consideración de la plenaria del Senado fue el que se transcribe a continuación:

“Artículo 1°. 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.

Artículo 2°. 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.

Artículo 3°. Distribución de los recursos. La distribución de los recursos recaudados por la presente estampilla se realizará de la siguiente manera: durante los primeros cinco (5) años, a partir de la promulgación de la presente ley, el 70% del recaudo se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 30% restante a las demás universidades estatales del país. A partir del sexto año el 30% de lo recaudado se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 70% a las demás universidades estatales del país.

Parágrafo. Los recursos transferidos a las universidades estatales, exceptuando la Universidad Nacional de Colombia, se asignarán mediante resolución del Ministerio de Educación Nacional. Dicha asignación se hará de acuerdo con el número de graduados por nivel de formación del año inmediatamente anterior en cada institución. La ponderación de cada graduado por nivel se hará de la siguiente manera:

Nivel	Valor
Doctorados	4
Maestrías y especializaciones médicas	3
Especializaciones	2.5
Pregrado	2

Para los programas no presenciales en cualquier nivel de formación, se asignará el valor por nivel correspondiente definido en la tabla anterior.

Artículo 4°. Destinación de los recursos. Los recursos que se recauden mediante la estampilla se destinarán prioritariamente a la construcción, adecuación y modernización de la infraestructura universitaria y a los estudios y diseños requeridos para esta finalidad; además de la dotación, modernización tecnológica, apoyo a la investigación, apoyo a programas de bienestar estudiantil, subsidios estudiantiles y desarrollo de nuevos campus universitarios de las universidades estatales del país. Propendiendo siempre con estos recursos por la disminución de los costos por matrícula de los estudiantes de los estratos 1, 2 y 3. Para ello, los Consejos Superiores de las universidades estatales definirán los criterios técnicos para la aplicación de esta directriz.

Parágrafo. Durante los primeros cinco años de entrada en vigencia de la presente ley, los recursos asignados a la Universidad Nacional de Colombia se destinarán prioritariamente a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Artículo 5°. Hecho generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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.

Artículo 6°. Sujeto pasivo. 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.

Artículo 7°. Sujeto activo. Como entidades que finalmente pueden disponer de los recursos recaudados mediante este tributo se define como sujeto activo en la presente ley a las universidades estatales del país, aquellas de las que habla el Título III de la Ley 30 de 1992.

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.

Artículo 9°. Causación. Es obligación de las entidades contratistas, contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla definido según el artículo 8° de la presente ley.

Artículo 10. Recaudo. Créese el Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia como una cuenta especial de la nación, manejada por el Ministerio de Educación Nacional, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística con fines de interés público y asistencia social para recaudar y administrar los recursos provenientes de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

Artículo 11. Dirección y administración del fondo. La Dirección y administración del Fondo será ejercida por el Ministerio de Educación Nacional, para cuyo efecto deberá:

a) Desarrollar las operaciones administrativas, financieras y contables del Fondo, de acuerdo con las normas reguladoras de estas materias;

b) Velar porque ingresen efectivamente al Fondo los recursos provenientes de la presente Estampilla;

c) Distribuir los recursos del Fondo de acuerdo con lo estipulado en la presente ley;

d) Elaborar la proyección anual de ingresos y gastos y los indicadores de gestión;

e) Rendir informes que requieran organismos de control u otras autoridades del Estado;

f) Las demás relacionadas con la administración del Fondo.

Artículo 12. Control. Las universidades estatales en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementarán un sistema de administración de los recursos provenientes del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejercerá el correspondiente control fiscal. El Ministerio de Educación Nacional, a través del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, deberá trasladar los recursos de la estampilla a las cuentas de las universidades estatales semestralmente de acuerdo con la distribución definida en el artículo 3º de la presente ley y la resolución expedida por el Ministerio de Educación Nacional para tal efecto. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

Parágrafo. Las universidades estatales presentarán informes anuales, avalados por sus Consejos Superiores, al Congreso de la República, al Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la especificación de los recursos recibidos a través del Fondo y el detalle de la ejecución de los mismos.

Artículo 13. Control político. El Congreso de la República podrá en cualquier momento, ejercer debate de control político a las universidades estatales sobre los recursos captados por concepto de la Estampilla formalizada en la presente ley.

Artículo 14. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación⁹⁹.

Con ocasión de las diferencias de los textos aprobados en Senado y Cámara, la Comisión Accidental de Conciliación presentó el siguiente informe:

“Esta Comisión Accidental se reunió en el recinto de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes con el fin de Conciliar el Proyecto de ley número 192 de 2012 Cámara y 268 de 2013 Senado, por la cual se crea la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades estatales de Colombia. Como resultado de la discusión los Conciliadores decidieron acoger en su totalidad el texto aprobado el día 27 de noviembre de 2013 por la Plenaria del Senado y que posteriormente el día 4 de diciembre fue corregido en su artículo 9º mediante fe de erratas.

Producto de la lectura del texto definitivo, los conciliadores subsanan un error mecanográfico en el artículo 13 en la palabra “Estampillas” pues la palabra se encuentra en plural y teniendo en cuenta el sentido, el objeto y el espíritu del proyecto de Ley se elimina la letra “s” en el texto conciliado y se deja en lugar de la palabra Estampillas la palabra “Estampilla”, toda vez que el sustantivo de la frase debe ser singular.

Se presenta a continuación el texto conciliado:

9 Ibidem.

TEXTO CONCILIADO AL PROYECTO DE LEY**NÚMERO 268 DE 2013 SENADO 192 DE 2012 CÁMARA**

por la cual se crea la Estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. 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.

Artículo 2°. 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.

Artículo 3°. Distribución de los recursos. La distribución de los recursos recaudados por la presente estampilla se realizará de la siguiente manera: durante los primeros cinco (5) años, a partir de la promulgación de la presente ley, el 70% del recaudo se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 30% restante a las demás universidades estatales del país. A partir del sexto año el 30% de lo recaudado se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 70% a las demás universidades estatales del país.

Parágrafo. Los recursos transferidos a las universidades estatales, exceptuando la Universidad Nacional de Colombia, se asignarán mediante resolución del Ministerio de Educación Nacional. Dicha asignación se hará de acuerdo con el número de graduados por nivel de formación del año inmediatamente anterior en cada institución. La ponderación de cada graduado por nivel se hará de la siguiente manera:

Nivel	Valor
Doctorados	4
Maestrías y especializaciones médicas	3
Especializaciones	2.5
Pregrado	2

Para los programas no presenciales en cualquier nivel de formación, se asignará el valor por nivel correspondiente definido en la tabla anterior.

Artículo 4°. Destinación de los recursos. Los recursos que se recauden mediante la estampilla se destinarán prioritariamente a la construcción, adecuación y modernización de la infraestructura universitaria y a los estudios y diseños requeridos para esta finalidad; además de la dotación, modernización tecnológica, apoyo a la investigación, apoyo a programas de bienestar estudiantil, subsidios estudiantiles y desarrollo de nuevos campus Universitarios de las universidades estatales del país. Propendiendo siempre con estos recursos por la disminución de los costos por matrícula de los estudiantes de los estratos 1, 2 y 3. Para ello, los Consejos Superiores de las universidades estatales definirán los criterios técnicos para la aplicación de esta directriz.

Parágrafo 1°. Durante los primeros cinco años de entrada en vigencia de la presente Ley, los recursos asignados a la Universidad Nacional de Colombia se destinarán prioritariamente a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Parágrafo 2°. Los recursos recaudados a través de esta ley no hacen parte de la base presupuestal de las universidades estatales.

Artículo 5°. Hecho generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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.

Artículo 6°. Sujeto pasivo. 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.

Artículo 7°. Sujeto activo. 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.

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.

Artículo 9°. Causación. Es obligación de las entidades contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla definido según el artículo 8° de la presente ley.

Artículo 10. Recaudo. Créese el Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia como una cuenta especial sin Personería Jurídica con destinación específica, manejada por el Ministerio de Educación Nacional, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística con fines de interés público y asistencia social para recaudar y administrar los recursos provenientes de la estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

Artículo 11. Dirección y administración del Fondo. La Dirección y administración del Fondo será ejercida por el Ministerio de Educación Nacional, para cuyo efecto deberá:

a) Desarrollar las operaciones administrativas, financieras y contables del Fondo, de acuerdo con las normas reguladoras de estas materias;

b) Velar porque ingresen efectivamente al Fondo los recursos provenientes de la presente Estampilla;

c) Distribuir los recursos del Fondo de acuerdo con lo estipulado en la presente ley;

d) Elaborar la proyección anual de ingresos y gastos y los indicadores de gestión;

e) Rendir informes que requieran organismos de control u otras autoridades del Estado;

f) Las demás relacionadas con la administración del Fondo.

Artículo 12. Control. Las universidades estatales en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementarán un sistema de administración de los recursos provenientes del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejercerá el correspondiente control fiscal. El Ministerio de Educación Nacional, a través del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, deberá trasladar los recursos de la estampilla a las cuentas de las universidades estatales semestralmente de acuerdo con la distribución definida en el artículo 3° de la presente ley y la resolución expedida por el Ministerio de Educación Nacional para tal efecto. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

Parágrafo. Las universidades estatales presentarán informes anuales, avalados por sus Consejos Superiores, al Congreso de la República, al Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la especificación de los recursos recibidos a través del Fondo y el detalle de la ejecución de los mismos.

Artículo 13. Control político. El Congreso de la República podrá en cualquier momento, ejercer debate de control político a las universidades estatales sobre los recursos captados por concepto de la Estampilla formalizada en la presente ley.

Artículo 14. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación”¹⁰.

B. De las estampillas

En concepto 1994 de 2010 esta Sala anotó que en su origen la “estampilla” fue el documento de comprobación de pago de la tasa cobrada por el servicio postal, rol que aún hoy conserva.

Con el tiempo se le dio también la connotación de medio probatorio del pago de determinados impuestos¹¹ e inclusive, en el lenguaje del legislador y en el uso cotidiano por parte de los servidores públicos y de los ciudadanos, se confunde con el gravamen mismo. Ahora bien, en la sentencia de la Corte Constitucional C-1097 de 2001 se lee:

“Entonces, dentro de la órbita fiscal, ¿cómo se podría definir la estampilla? Depende del rol que la misma desempeñe en la respectiva relación económica, esto es, ya como extremo impositivo autónomo, ora como simple instrumento de comprobación. Como extremo impositivo la estampilla es un gravamen que se causa a cargo de una persona por la prestación de un servicio, con arreglo a lo previsto en la ley y en las reglas territoriales sobre sujetos activos y pasivos, hechos generadores, bases gravables, tarifas, exenciones y destino de su recaudo. Como medio de comprobación la estampilla es documento idóneo para acreditar el pago del servicio recibido o del impuesto causado, al igual que el cumplimiento de una prestación de hacer en materia de impuestos. Y en cualquier caso, la estampilla puede crearse con una cobertura de rango nacional o territorial, debiendo adherirse al respectivo documento o bien”.

En la misma vía la Sección Cuarta de la Corporación afirma que en nuestro sistema jurídico las estampillas operan bajo tres modalidades a saber: sellos postales que deben pagar los remitentes que usan el servicio de correo, certificados de pago de impuesto al consumo de productos gravados, según el sistema único de transporte, y tributos con destinación específica¹².

Como tributos –dice la sección Cuarta– las estampillas tienen origen en los sellos postales utilizados en el sistema de correos. De hecho, en sus inicios, se emplearon para recaudar el impuesto de timbre adhiriendo su forma física a los documentos otorgados o aceptados, como medio de control de pago, una vez dicho impuesto se causaba. Posteriormente, en 1949, se le dio connotación como tributo territorial con la primera ley de autorización para la emisión de la estampilla “Bodas de Oro del Departamento del Atlántico”¹³.

Ahora bien, se precisa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 numeral 12 de la Constitución, corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce entre

¹⁰ Congreso de la República. Gaceta del Congreso 1000 de 2013.

¹¹ Ver: Concepto Rad. 1859 nov. 1º de 2007.

¹² Consejo de estado. Sección Cuarta. Sentencia del 18 de julio de 2013. Radicado 2010-00040-01(19398)

¹³ PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto, *Régimen Impositivo de las entidades territoriales en Colombia*, primera edición, 2008, pp. 389-390.

otras funciones la de “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. Por su parte, el artículo 338 *ibídem* prevé:

“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.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

Al interpretar las normas superiores señaladas, la Corte Constitucional ha afirmado que el legislador puede establecer ingresos tributarios en tres categorías a saber:

“a) El impuesto: Se ha definido como un ingreso tributario que se exige sin contar con el consentimiento directo del obligado y sin consideración al beneficio inmediato que el contribuyente pueda derivar de la acción posterior del Estado. Es pues, un acto que implica la imposición de un deber tributario para un fin que pretende satisfacer el interés general; este deber es señalado unilateralmente por la autoridad del Estado y el obligado no señala el destino del tributo, sino que su acto se limita a una sujeción de la autoridad que lo representa mediatamente a él, de suerte que el fin, de una u otra forma, no solo es preestablecido por la expresión de la voluntad general, sino que vincula al contribuyente, en cuanto este se beneficia del bien común que persigue toda la política tributaria.

b) Tasas: Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero solo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta.

... El fin que persigue la tasa es la financiación del servicio público que se presta¹⁴.

c) Contribuciones parafiscales: Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en 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 contable¹⁵”.

La Sección Cuarta ha precisado aún más la naturaleza de las estampillas al decir:

“(…) Ahora bien, debe precisarse que las estampillas a que se viene haciendo referencia, pertenecen a lo que se conoce como tasas parafiscales, pues son un gravamen que surge de la realización de un acto jurídico, cual es la suscripción de un contrato con el Departamento, que se causan sobre un hecho concreto y que por disposición legal tienen una destinación específica, cuyas características difieren de las que permiten identificar al impuesto indirecto. Es así como las tasas participan del concepto de parafiscalidad, definido en el artículo 2° de la Ley 225 de 1995, en los siguientes términos:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para el 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. (...)”

A partir de tal definición, tres son los elementos que distinguen la parafiscalidad, a saber: la obligatoriedad que surge de la soberanía fiscal del Estado; la singularidad en cuanto se cobran de manera obligatoria a un grupo específico; y la destinación sectorial por estar destinadas a sufragar gastos de entidades que desarrollan funciones administrativas de regulación o fiscalización.

Las tasas participan de la naturaleza de las contribuciones parafiscales, en la medida que constituyen un gravamen cuyo pago obligatorio deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos; son de carácter excepcional en cuanto al sujeto pasivo del tributo; los recursos se revierten en beneficio de un sector específico; y están destinados a sufragar los gastos en que incurran las entidades que desarrollan funciones de regulación y control y en el cumplimiento de funciones propias del Estado.

La “tasa” si bien puede corresponder a la prestación directa de un servicio público, del cual es usuario el contribuyente que se beneficia efectivamente, también puede corresponder al beneficio potencial por la utilización de servicios de aprovechamiento común, como la educación, la salud, el deporte, la cultura, es decir, que el gravamen se revierte en beneficio social. (...)”

Entonces, las “estampillas”, dependiendo de si se imponen como medio de comprobación para acreditar el pago del servicio público recibido, tendrán el carácter de administrativas; o de parafiscales, si corresponden al cumplimiento de una prestación que se causa a favor de la entidad nacional o territorial como sujeto impositivo fiscal¹⁶.

15 Ley 225 de 1995, artículo 2°.

16 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 5 de octubre de 2006. Radicado 14527 y sentencia del 4 de octubre de 2013. Radicado 2009-00086.

Así las cosas, el Congreso de la República, órgano soberano en materia impositiva, al expedir una ley por medio de la cual crea un gravamen de carácter nacional, debe definir todos los elementos de la obligación tributaria¹⁷.

Son ellos para el caso de las estampillas: i) el hecho gravable, ii) el sujeto pasivo, iii) el sujeto activo, iv) la tarifa y v) la base gravable¹⁸.

C. Las entidades públicas para efectos de la aplicación de la Ley 1697 de 2013

El artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 establece:

“ARTÍCULO 5°. HECHO GENERADOR. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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”.

Debe acotarse que durante el proceso de discusión y aprobación de la ley aparece que en los informes de ponencia para primer y segundo debates en la Cámara de Representantes y en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República, siempre se consideró que el hecho generador del tributo sería los contratos de obra que suscriban las entidades públicas del orden nacional. No se planteó ninguna excepción relacionada con las circunstancias de que la entidad no aplique el régimen de contratación pública o que no ejecute recursos del Presupuesto General de la Nación.

En este punto se precisa que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado que una cosa es que la entidad sea estatal, y otra que se rija o no por la Ley 80 de 1993, en materia contractual.¹⁹ También ha dicho esta Corporación que:

“(…) la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, per se, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a las cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda la condición de estatal, así como también puede resultar –como ocurre con la generalidad de los casos–, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado”²⁰.

17 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1859 de 2007.

18 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación 2010-00990.

19 Consejo de Estado. Sala Plena del Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de enero de 2010. Radicación 2009-00708

20 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de septiembre 23 de 1997. Expediente S-701. Contractual. Sección Tercera sentencia del 30 de enero de 2008 Radicación 2005-00512-01 (32867).

Quiere decir lo anterior que la naturaleza de entidad pública nacional no se afecta porque aplique o no normas contractuales de derecho privado o porque aplique o no la Ley 80 de 1993.

A manera de ilustración, esta Sala en concepto 2062 del 21 de septiembre de 2011 analizó un tributo generado por la celebración de contratos de obra pública por parte de entidades, dijo:

“Ahora, en relación con el segundo de los elementos que genera la obligación tributaria, el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 al modificar el artículo 120 de la Ley 446 de 1997, se refiere en general a los contratos de obra pública suscritos con “entidades de derecho público”; igualmente, en otros apartes del referido artículo 6° y de la misma Ley 446 de 1998 (cuando se regula el recaudo de la contribución), el legislador acude a la expresión “entidad pública contratante”, sin hacer distinciones apoyadas en el tipo de entidad estatal o en régimen contractual aplicable al contrato.

Se observa entonces que la contribución no aparece limitada a las entidades estatales que aplican el estatuto de contratación pública como lo sugiere la consulta, como tampoco excluye a las entidades públicas que perteneciendo al Estado pueden estar sujetas a regímenes especiales.

Por tanto, en la medida que la ley no hace distinciones, el concepto de entidad de derecho público o entidad pública contratante debe interpretarse en un sentido amplio, que comprende los contratos de obra pública celebrados en general por las diferentes entidades del Estado, estén o no sujetas ellas o sus contratos a un régimen especial”.

Así las cosas, para determinar las entidades nacionales a las que se refiere la Ley 1697, su artículo 5° remite a lo señalado en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 que a la letra dispone:

“ARTÍCULO 2°. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1°. Se denominan entidades estatales:

a) La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, 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”.

Entonces, para predicar la aplicación del artículo 5° de la Ley 1697 de 2013, basta con ser una entidad nacional de aquellas enunciadas expresamente por el artículo anteriormente transcrito o que: i) se trate de una persona jurídica del orden nacional en la que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que se adopte o ii) sea un organismo o dependencia del Estado al que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Por las razones aquí expresadas, además se concluye que los contratos de obra suscritos por entidades del orden territorial así se financien con recursos nacionales no pueden ser gravados por la estampilla, pues es un supuesto de hecho no previsto en la norma.

Para efectos de la aplicación de la estampilla y dentro del contexto de la consulta, se tienen como entidades nacionales las siguientes:

1. Banco de la República

Es un organismo estatal autónomo creado como persona jurídica de derecho público, con régimen legal propio y de naturaleza especial que goza de autonomía administrativa, patrimonial y técnica, al que la Ley 31 de 1992 y sus estatutos le confieren la facultad de contratar.

2. Corporaciones autónomas regionales

La Corte Constitucional las define como entidades administrativas del orden nacional con régimen autónomo, que tienen una naturaleza intermedia entre la nación y las entidades territoriales, y entre la administración central nacional y la descentralizada por servicios, con funciones policivas, de control, de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales²¹. De conformidad a la Ley 1150 de 2007, tienen la facultad de contratar.

3. Universidades estatales

Esta Sala ha señalado que desde el punto de vista de la estructura del Estado las universidades públicas son sin duda “entidades públicas” y el hecho de que, como otras entidades del Estado, estén sometidas a un régimen especial no significa que pierdan dicha calidad.

Tal posición reafirma lo dicho en el concepto 1587 de 2004 y en la sentencia del 16 de diciembre de 2008 proferida por la Sección Cuarta de la Corporación, según los cuales el hecho de que las universidades públicas estén dotadas de un régimen especial de autonomía en orden a proteger su autodeterminación administrativa, patrimonial y educativa, no significa que no pertenezcan al Estado y que como tal, no tengan la condición de entidades públicas.²² Por otra parte la Ley 30 de 1992 les confiere la categoría de personas jurídicas y les da capacidad de contratar.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-689 de 2011.

22 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2062 del 21 de septiembre de 2011.

4. Fogafín

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras fue creado por la Ley 117 de 1985 como persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única. Los decretos 2757 de 1991 y 1509 de 2002 lo autorizan para realizar todos los actos y negocios jurídicos necesarios para desarrollar las funciones señaladas por normas legales.

5. Fogacoop

El Decreto 2206 de 1998 creó al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, como una persona jurídica de naturaleza única, sujeta a régimen especial, organizado como una entidad financiera vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y autorizada para celebrar todos los actos y negocios jurídicos necesarios para desarrollar su objeto.

6. Corporación Colombia Internacional

Mediante Resolución 683 de 1992 la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. le reconoció personería jurídica como entidad sin ánimo de lucro, acto que fue protocolizado en la Escritura Pública 340 del 16 de febrero de 1993 otorgada en la Notaría 11 de Bogotá. De acuerdo a su normativa interna puede “celebrar todo tipo de contratos, convenios o acuerdos, o realizar las operaciones, negocios o actos civiles o comerciales, que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto”.

Hace parte del sector Agricultura y Desarrollo Rural como corporación de participación mixta²³, y en tal virtud acorde con los artículos 49 y 96 de la Ley 489 de 1998, los conceptos de esta Sala y la jurisprudencia constitucional, es una entidad descentralizada indirecta.²⁴

7. Cotecmar

La Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial fue constituida por el Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional, la Universidad Nacional de Colombia, la Escuela Colombiana de Ingeniería Julio Garavito y la Universidad Tecnológica como una corporación sin ánimo de lucro que invierte los excedentes financieros de sus actividades industriales y comerciales en proyectos de ciencia y tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial de Colombia.²⁵ Como la entidad anteriormente descrita, es descentralizada indirecta.

8. Comcaja

La Ley 101 de 1993 o “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero” en el artículo 73 creó la Caja de Compensación Familiar Campesina como una corporación de subsidio familiar y como persona jurídica sin ánimo de lucro, perteneciente al sector agropecuario y

23 <https://www.funcionpublica.gov.co/manual-de-estructura-del-estado-colombiano-v12;jsessionid=F0F6019F3BB699AAE6304E4592416490>

24 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1844 del 22 de octubre de 2007. Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1995

25 <https://www.armada.mil.co/es/content/cotecmar-cuatro-a%C3%B1os-construyendo-futuro>

vinculada al Ministerio de Agricultura²⁶. El régimen de sus actos y contratos será el usual entre particulares consagrado en el derecho privado.

9. Empresas de servicios públicos de carácter mixto

La Sala ha conceptualizado que:

“Tales empresas hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en la medida en que encajan dentro de la norma general del literal g) del artículo 38-2 de la Ley 489 de 1998, la cual, luego de mencionar una serie de entidades pertenecientes al sector descentralizado por servicios, entre ellas, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, señala que conforman dicha Rama “las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del poder público” y además, son entidades descentralizadas conforme al artículo 68 de esa ley, según el cual revisten tal calidad “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea ... la prestación de servicios públicos ... con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”²⁷.

10. Fondo Nacional del Ahorro

El artículo 1° de la Ley 432 de 1998 sobre la naturaleza jurídica del Fondo, dispone:

“El Fondo Nacional de Ahorro, establecimiento público creado mediante el Decreto-ley 3118 de 1968, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase. Estará vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico y la composición de su Junta Directiva será la que señala la presente ley”.

11. Coljuegos

Creada por el Decreto 4142 de 2011 como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, con el objeto de explotar, administrar, operar y expedir reglamentos de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que por disposición legal no sean atribuidos a otra entidad.

12. Ecopetrol

La Ley 1118 de 2006 contempla que Ecopetrol es una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, y que se garantizará que la nación conserve, como mínimo el ochenta por ciento (80%) de las acciones en circulación, con derecho a voto.

²⁶ La particularidad de Comcaja frente a otras cajas de compensación fue reconocida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-508 de 1997.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de septiembre de 2008.

Sus estatutos están contenidos en la Escritura Pública n.º 5314 del 14 de diciembre de 2007, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá D. C., modificados por la Escritura Pública n.º 560 del 23 de mayo de 2011, otorgada en la Notaría Cuarenta y Seis del Círculo Notarial de Bogotá D. C. y la Escritura Pública n.º 666 del 7 de mayo de 2013, otorgada en la Notaría Sesenta y Cinco del Círculo Notarial de Bogotá D. C.

En dicha normativa se prevé que Ecopetrol S. A. es una Sociedad de Economía Mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

13. Bancoldex

Sobre su naturaleza jurídica, el Artículo 2.4.13.1.1 del Decreto 2505 de 2011 establece: *“El Banco de Comercio Exterior, creado por el artículo 21 de la Ley 7ª de 1991, es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, y vinculada al Ministerio de Comercio Exterior”.*

A su vez, según el artículo 2º de sus estatutos Bancoldex es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, vinculada al Ministerio de Comercio Exterior y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Su participación accionaria actual está representada así: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo 91.9%, Ministerio de Hacienda y Crédito Público 7.9% y otros 0.2%.²⁸

14. Fiducoldex

La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A., Fiducoldex, es una sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta, filial del Banco de Comercio Exterior de Colombia S. A. Bancoldex; constituida mediante Escritura Pública número 1.497 de octubre 31 de 1992, otorgada en la Notaría Cuarta de Cartagena, (Bolívar), autorizada para funcionar mediante Resolución 4.535 del 3 de noviembre de 1992 expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

Su objeto es la celebración de contratos de fiducia mercantil en todos sus aspectos y modalidades, y la realización de todas las operaciones, negocios, actos, encargos y servicios propios de la actividad fiduciaria, de acuerdo con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio y las demás normas complementarias o concordantes, o las que las adicionen o sustituyan.

Su accionistas son: Bancoldex con 89%, gremios con 6.6%, cámaras de comercio con 4.21% y otros con 0.1%.²⁹

15. Finagro

En sus estatutos se lee:

²⁸ <http://www.bancoldex.com/acerca-de-nosotros92/accionistas.aspx>

²⁹ <http://www.fiducoldex.com.co/index.php>

“ARTÍCULO 3°. NATURALEZA JURÍDICA. *El Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario es una sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo de las sociedades anónimas, organizado como establecimiento de crédito, vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa”³⁰.*

El artículo 10 *ibídem*, dispone que los aportes de la nación no serán menores al cincuenta y uno por ciento del capital pagado.

16. Fiduagraria

Es una sociedad anónima de economía mixta sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y legalmente constituida mediante escritura pública número 1199 de febrero 18 de 1992 con domicilio principal en la ciudad de Bogotá.³¹

D. El párrafo del artículo 5° de la ley

Dice el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013:

ARTÍCULO 5°. HECHO GENERADOR. *Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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.*

Como lo advierte la Ministra, la redacción del párrafo es confusa y puede llamar a equívocos en su interpretación. Para desentrañar su sentido es menester tener en cuenta que el párrafo hace parte sistemática del artículo 5° y en tal virtud no puede leerse ni analizarse como si fuera una unidad aislada.

Como acaba de explicarse, para determinar las entidades nacionales cuyos contratos de obra constituyen el hecho generador del tributo es necesario que estén enunciadas expresamente por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 o que: i) se trate de una persona jurídica en la que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que se adopte o ii) sea un organismo o dependencia del Estado al que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

³⁰ Decreto 892 de 1995, modificado por los Decretos 1395 de 2002, 2172 de 2007, 1484 de 2008, 038 de 2010, 2942 de 2010, 2860 de 2011, 1298 de 2012, 2018 de 2012, 2383 de 2013, 812 de 2014 y 2527 de 2014.

³¹ <http://www.fiduagraria.gov.co/acerca-de-fiduagraria/>

También se ha dicho que la calificación de entidad del orden nacional no se desnaturaliza porque no aplique el régimen de contratación pública o por que no ejecute recursos del Presupuesto General de la Nación.

Entonces, el hecho generador del tributo se configura con todos los contratos de obra realizados por las entidades nacionales así apliquen derecho privado o no ejecuten recursos del Presupuesto General de la Nación.

Dentro de la anterior premisa se encuentran las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta nacionales en las que el Estado tenga participación superior al 50%.

Pero el párrafo objeto de estudio cobra particular importancia para las sociedades de economía mixta en donde la participación del Estado sea igual o inferior al 50%, ya que estas no hacen parte de las entidades públicas en los términos del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, pues esta normativa solo considera como entidades a las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%.

En efecto –entiende la Sala– lo que el párrafo hace es adicionar como hecho generador del tributo los contratos de obra suscritos por las sociedades de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación, así la sociedad tenga una participación del Estado igual o inferior al 50%.

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 (...)*”

Por su parte, el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, en cuanto a la estampilla analizada estatuye que 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 ejecución y pago*”.

Nótese que el artículo 5° 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 5° descrito pueden ser hechos generadores de la estampilla.

Tal posición coincide con lo previsto en el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015, que para efectos de la estampilla establece como contratos conexos los que tengan como objeto

el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría.

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.

Ahora bien, el artículo 5° precisa que el contrato de obra como hecho generador, abarca cualquier modalidad de pago del precio del contrato, y es sabido que dentro de las modalidades de pago del contrato de obra existen i) el contrato a precio global, ii) contrato por precios unitarios, iii) contrato de administración delegada y iv) reembolso de gastos.³²

Para efectos de lo consultado, se anota que el contrato de administración delegada es una modalidad del contrato de obra, asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que solo es delegado o representante de aquella, a cambio de unos honorarios previamente pactados.³³

En tal medida los contratos de administración delegada pueden ser gravados por la estampilla bajo análisis, pero no ocurre lo mismo con los subcontratos de obra o conexos que los administradores delegados suscriban a su nombre y bajo su cuenta y riesgo, pues es requisito necesario que el contratante sea una entidad nacional.

En punto de la base gravable, según la jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación³⁴, el contrato de obra en la modalidad de administración delegada abarca dos grupos de obligaciones principales; las propias del contrato de “arrendamiento para la confección de una obra material”, regulado por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, cuyo objeto principal es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y los plazos convenidos; y las que atañen a las relaciones establecidas entre el propietario y el constructor en lo que concierne a la administración de los fondos que deben invertirse para la ejecución de dicha obra, regidos por las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato (arts. 2142 a 2199), en cuanto no pugnen con las estipulaciones hechas por los contratantes y con las características especiales del contrato.

Tal circunstancia permite a la Sala concluir que como la base gravable es el valor del contrato, y el contrato comprende la ejecución de la obra y la administración, la tarifa aplica sobre todos los componentes del contrato.

Por otra parte es menester tener en cuenta que en las voces de la Ley 1697 el hecho generador “está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional” y en tal medida estarían cobijados los contratos de obra que se celebren para la construcción de pozos petroleros o redes eléctricas, siempre que sean suscritos por las entidades a que se refiere el literal C de este concepto.

32 Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de septiembre de 2008. Radicado 1920 y concepto del 18 de julio de 2002. Radicado 1439.

33 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Expediente 1999-90004

34 *Ibidem*

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 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.

Respecto a las asociaciones público privadas, la Ley 1508 de 2012 señala:

“ARTÍCULO 1°. DEFINICIÓN. *Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.*

El artículo 3° ibídem prescribe que la ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura y que también podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. Bien lo ha dicho la Corte Constitucional:

“En resumen, la ley 1508 fue promovida para introducir las APP como nueva modalidad contractual, en vista de los beneficios que según la experiencia comparada reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública.

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la provisión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura– según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva”³⁵.

En tal virtud las asociaciones público privadas que tengan por objeto la construcción de obra, deben gravadas por la estampilla.

F. Aplicación del tributo

En el acápite B de este concepto se dijo que los elementos del tributo son: i) el hecho gravable, ii) el sujeto pasivo, iii) el sujeto activo, iv) la tarifa y v) la base gravable.

En el caso de la estampilla creada por la Ley 1697, los artículos 5, 6, 7 y 8 prevén dichos elementos, así:

“ARTÍCULO 5°. HECHO GENERADOR. *Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° 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.*

ARTÍCULO 6°. SUJETO PASIVO. *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.*

ARTÍCULO 7°. SUJETO ACTIVO. *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.*

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”.*

Así las cosas, la estampilla cumple con el denominado principio de “predeterminación”, en virtud del cual el señalamiento de los elementos objetivos de la obligación tributaria corresponde exclusivamente a los organismos de representación popular.³⁶

Igualmente es acorde con el principio de certeza del tributo, que la jurisprudencia constitucional explica de la siguiente manera:

“El principio de certeza en materia tributaria, que surge como consecuencia lógica del de legalidad, tiene, según lo expuesto, la finalidad de garantizar que todos los elementos del vínculo impositivo entre los administrados y el Estado estén consagrados inequívocamente en la ley, bien porque las normas que crean el tributo los expresan con claridad, o porque en el evento en que una disposición remite a otra para su integración, es posible identificar dentro del texto

36 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 18 de mayo de 2006. Radicación 2001-01135.

*remitado el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravable, la base gravable y la tarifa del gravamen*³⁷.

Por otra parte, las obligaciones tributarias *“nacen ex lege, es decir, la ley que las impone señala de manera general e impersonal un supuesto de hecho -el hecho gravado- cuya ocurrencia determina el nacimiento de la obligación en cabeza del contribuyente, responsable o agente retenedor*³⁸.

En consecuencia –en concepto de la Sala– están dadas las condiciones para que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1697 se pueda efectuar la retención allí ordenada.

Entonces no resulta apropiado afirmar que solamente a partir de la expedición del Decreto Reglamentario 1050 del 5 de junio de 2014³⁹ se puede efectuar la retención del tributo. Al respecto, la jurisprudencia contenciosa administrativa explica que la facultad reglamentaria responde básicamente a la necesidad de hacer que la ley sea aplicable y que la presencia del reglamento depende de la necesidad que pueda existir para la ejecución de las leyes.⁴⁰ También ha dicho el Consejo de Estado que:

*“si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la función reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles. De esta manera, el ejercicio de esa potestad por el Gobierno, se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanta determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras*⁴¹.

Es preciso advertir en todo caso que el artículo 7° del Decreto 1050 al reglamentar a retención de la contribución establece en su párrafo transitorio lo siguiente: *“[l]as retenciones que se hayan practicado antes de la entrada en vigencia del presente decreto deberán ser transferidas a la cuenta que se determine para tal efecto, los diez (10) primeros días del mes de julio de 2014”*.

Dicha norma también sustenta la posición de esta Sala consistente en que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1697 del 2013 debió efectuarse la retención del tributo.

Finalmente, en lo que a la causación respecta, el artículo 9° ibídem ordena a las entidades contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el

37 Corte Constitucional. Sentencia C 569 del 2000. También se puede consultar la sentencia C-167 de 2014.

38 Corte Constitucional. Sentencia C-485 de 2003.

39 “Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia y se dictan otras disposiciones”. Se ocupa de: Naturaleza jurídica, objetivos del fondo, origen y destino de los recursos, dirección y administración del fondo, ejecución de los recursos, hecho generador, retención de la contribución, publicación en el Secop, sistema de información por parte de las universidades estatales, distribución de los recursos entre las universidades estatales y cobro coactivo.

40 Consejo de Estado. Sentencia de 17 de febrero de 1962. Anales Tomo LXIV. Nos. 397-398, p. 188.

41 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Radicación 2010-00058.

porcentaje correspondiente a la contribución de la estampilla. Para el entendimiento de la norma es menester tener en cuenta la diferencia que existe entre anticipo y pago anticipado.

El anticipo es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que este debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual y, por tanto, su monto sigue perteneciendo a la entidad estatal, mientras que el pago anticipado es un pago parcial realizado por el contratante al contratista, por tanto, las sumas recibidas entran a formar parte de su patrimonio.

Así las cosas, se considera que no puede efectuarse la retención sobre la suma que la entidad contratante entregue a título de anticipo, pues no se trata de un pago.

LA SALA RESPONDE:

1. Cuando las entidades cumplen con las condiciones establecidas en las cláusulas de remisión abiertas contenidas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, ¿puede afirmarse que están contempladas en dicho artículo y por tanto son sujeto de la contribución parafiscal?

Para la aplicación del artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 basta con ser una entidad nacional de aquellas enunciadas expresamente por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 o que: i) se trate de una persona jurídica del orden nacional en la que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que se adopte o ii) sea un organismo o dependencia del Estado al que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 en relación con la remisión al artículo 2° de la Ley 80 de 1993 y la mención del artículo 32 de la misma ley sobre contratos de obra y conexos, si la entidad no aplica el régimen de contratación pública sino las reglas de derecho privado ¿se encuentra exonerada de retener por concepto de estampilla?

Las entidades nacionales así apliquen derecho privado en su contratación deben efectuar la retención por concepto de las estampillas ordenada en la Ley 1697 de 2013.

3. ¿Cuál es el alcance jurídico del párrafo del artículo 5° de la ley precitada para el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado o de las sociedades de economía mixta?

El párrafo del artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 adiciona como hecho generador del tributo los contratos de obra suscritos por las sociedades de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación, así la sociedad tenga una participación del Estado igual o inferior al 50%.

4. ¿A partir de qué momento (la entrada en vigencia de la Ley 1697 de 2013 o del Decreto Reglamentario 1050 de 2014) las entidades contratantes debieron empezar a aplicar la retención respectiva por concepto de estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia?

La retención debió aplicarse por las entidades contratantes a partir de la vigencia de la Ley 1697 de 2013.

Preguntas adicionales

1. Sobre el contrato de obra:

1. ¿En qué consiste el contrato de obra que genera el tributo establecido en el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013?

El contrato de obra es aquel celebrado por entidades públicas del orden nacional para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad ejecución y pago.

2. ¿Cuáles son y en qué consisten los contratos conexos de obra que generan el tributo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013?

Son aquellos que tengan como objeto el diseño, operación, mantenimiento, interventoría, asesoría y gerencia de obra o de proyectos, la dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos sobre bienes inmuebles.

3. Una entidad pública que aplique derecho privado para celebrar y ejecutar contratos ¿Puede suscribir contratos de obra de aquellos de que trata la Ley 1697 de 2013?

Como se respondió a la pregunta 2 del cuestionario inicial, las entidades nacionales así apliquen derecho privado en su contratación deben efectuar la retención a los contratos de obra por concepto de estampilla, ordenada en la Ley 1697 de 2013.

4. Las construcciones de pozos petroleros o de redes eléctricas ¿pueden ser considerados como contratos de obra que generan la contribución parafiscal?

Los contratos de obra que se celebren para la construcción de pozos petroleros o de redes eléctricas generan la contribución, siempre que sean suscritos por entidades del orden nacional.

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.

6. Los contratos de administración delegada de una obra ¿generan la contribución parafiscal creada por la Ley 1697 de 2013? En caso afirmativo, ¿Cuál debe ser la base de retención por concepto de la estampilla en este tipo de contratos, es decir, el valor de los honorarios de la administración, el costo de la obra o la suma de ambos conceptos?

Los contratos de administración delegada están gravados por la estampilla y su base es el valor del contrato, que comprende tanto la ejecución de la obra como la administración.

7. Los subcontratos de obra o conexos de obra que suscriba el administrador delegado de una obra a nombre suyo y bajo su cuenta y riesgo para el cumplimiento parcial de su contrato, ¿deberán ser gravados con la estampilla?

Estos subcontratos no deben ser gravados con la estampilla.

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.

9. Los contratos de obra suscritos por entidades del orden territorial (departamental o municipal) con recursos provenientes de entidades del orden nacional sujetas a la contribución parafiscal, ¿deben ser gravados con la estampilla?

Estos contratos no deben ser gravados con la estampilla, pues no son celebrados por entidades del orden nacional.

10. Los contratos de obra o conexos de obra suscritos por entidades del orden nacional sujetas a la contribución parafiscal, con recursos provenientes de gobiernos extranjeros o de organismos multilaterales, amparados en convenios de cooperación internacional, ¿deberán ser gravados con la estampilla?

Los contratos deben ser gravados así los recursos provengan de la cooperación internacional, pues el hecho generador contenido en la Ley 1697 de 2013 no prevé que tal circunstancia sea fuente de financiación.

11. Las asociaciones público privadas, reguladas por la Ley 1508 de 2012 que tengan por objeto la construcción de obra, ¿deberán ser gravadas con la estampilla?

Las asociaciones público privadas que tengan por objeto la construcción de obra, deben gravadas por la estampilla.

12. El artículo 9° de la Ley 1697 de 2013 dispone que sobre todo pago realizado al contratista, la entidad contratante deberá realizar la retención por concepto de la estampilla en el porcentaje correspondiente. ¿De esta manera deberá aplicarse la retención a un contratista de obra sobre el giro que se realice en calidad de anticipo?

No puede efectuarse la retención sobre la suma que la entidad contratante entregue a título de anticipo, pues no se trata de un pago.

II. Sobre la naturaleza jurídica de las entidades del orden nacional:

13. *¿Los organismos autónomos del Estado tales como el Banco de la República, las corporaciones autónomas regionales y las universidades estatales, se encuentran dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?*

14. *Las entidades financieras de derecho público y de naturaleza única del orden nacional, tales como Fogafín y Fogacoop ¿se encuentran contempladas dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?*

15. *Las corporaciones de participación mixta tales como Corporación Colombia Internacional CCI, Cotecmar y Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja), ¿se encuentran contempladas dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?*

16. *Las empresas de servicios públicos de carácter mixto, en donde la participación del Estado provenga de la nación, ¿se encuentran contempladas dentro del listado que contiene el artículo 2° de la Ley 80 de 1993?*

Por su unidad temática se responden conjuntamente las preguntas 13, 14, 15 y 16, en el sentido de que, tal como se expuso en el literal C de las consideraciones, las entidades enunciadas son del orden nacional y, en consecuencia, sus contratos de obra y conexos deben ser gravados por la estampilla creada por la Ley 1697 de 2013.

17. *Las empresas comerciales e industriales del Estado, tales como el Fondo Nacional del Ahorro y Coljuegos, ¿solo deberán gravar con la estampilla los contratos señalados en el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 que hayan suscrito cuando su ejecución se realice con recursos del Presupuesto General de la Nación? ¿o en qué casos dichas entidades deberán realizar la retención de la contribución?*

18. *Las sociedades de economía mixta tales como Ecopetrol, Bancoldex; Fiducoldex, Finagro y Fiduagraria ¿solo deberán gravar con la estampilla los contratos señalados en el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 que hayan suscrito, cuando su ejecución se realice con recursos del Presupuesto General de la Nación? ¿o en qué casos dichas entidades deberán realizar la retención de la contribución?*

19. *¿Serán sujetos de la contribución parafiscal creada por la Ley 1697 de 2013, las entidades del orden nacional cuya naturaleza jurídica se encuentra contemplada en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 pero aplican reglas de derecho privado en su régimen de actos y contratos? O ¿solo serán si aplican el estatuto de contratación pública?*

Por su conexidad, se responden las preguntas 17, 18 y 19, así:

El hecho generador del tributo está conformado por los contratos de obra y conexos que suscriban las entidades públicas del orden nacional y no se plantea ninguna excepción relacionada con las circunstancias de que se ejecuten o no recursos del Presupuesto General de la Nación o que se apliquen o no reglas de derecho privado.

En la medida en que la ley no hace distinciones, el concepto entidad pública contratante debe interpretarse en un sentido amplio, de manera que el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013 comprende como hecho generador los contratos de obra y conexos celebrados en general por las diferentes entidades del Estado y del orden nacional, estén o no sujetas ellas o sus contratos a un régimen especial de contratación.

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

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Álvaro Namén Vargas, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Conjuez. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

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.

Radicado 2259

Fecha: 16/02/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 26 de febrero de 2016

El Señor Ministro de Defensa Nacional pregunta a la Sala de Consulta y Servicio Civil si resulta viable jurídicamente que aporte un bien o derecho de propiedad industrial de su titularidad, al capital de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (Codaltec), en atención a los siguientes:

I. Antecedentes

El Ministerio de Defensa Nacional, el departamento del Meta, el municipio de Villavicencio, la Industria Militar (Indumil EICE) y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S. A. (CIAC S. A.), crearon la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (Codaltec), como una entidad sin ánimo de lucro, cuyo objeto consiste en *“el desarrollo, la promoción y la realización de actividades de ciencia, tecnología e innovación”*.

El Ministerio de Defensa Nacional es titular de un derecho de propiedad industrial sobre un accesorio desarrollado por la Policía Nacional, de nombre *“baliza”*, el cual comprende un grupo de luces instaladas en la parte externa de los vehículos, que la Fuerza Pública emplea en el ejercicio de sus funciones para *“transmitir mensajes de emergencia o de presencia de los patrulleros”*.

El Ministerio de Defensa Nacional tiene interés en transferir sus derechos de propiedad industrial sobre la baliza a título de aporte al capital de Codaltec, para que *“previa convocatoria pública, se seleccione a un productor que la fabrique y comercialice con el compromiso de trasladar un porcentaje de los ingresos que por ello perciba”*.

Habida cuenta de lo expuesto, el ministro formuló en el escrito de planteamiento de la consulta las siguientes **PREGUNTAS**:

¿La nación – Ministerio de Defensa Nacional como titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la baliza descrita en líneas precedentes, podría transferírselos, a título de aporte de capital en especie a Codaltec bajo el amparo de lo preceptuado en el artículo 3° del decreto ley 393 de 1991?

¿La nación – Ministerio de Defensa Nacional y, en general, una entidad pública, podría transferirle a cualquier corporación de la que forme parte, pública o mixta, y cuyo objeto sea el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, a título de aporte, v. gr., dinero, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos o inmuebles– entre otros?

¿La Nación u otra entidad pública, puede transferirle a título de aporte, un inmueble a cualquier corporación de la que forme parte, sean de naturaleza pública o mixta?

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que las corporaciones que desarrollan ACTIS, públicas o mixtas, son entidades descentralizadas de segundo nivel, y por ende, su naturaleza jurídica corresponde a la de una entidad estatal cuya actividad se rige por el derecho privado, de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del decreto ley 393 de 1991, se pregunta: ¿Teniendo en cuenta que las personas jurídicas así creadas son de naturaleza pública o mixta, el hecho de que su régimen de funcionamiento se inscriba en el derecho privado ofrece alguna dificultad para efectuar los aportes mencionados a la luz del artículo 355 de la Constitución Política, o, por el contrario tal situación es irrelevante?

La transferencia de dinero, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos o inmuebles a título de aporte que realice el Ministerio de Defensa Nacional a una corporación pública o mixta, cuyo objeto sea el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, forman parte del patrimonio de la Corporación y por tanto prenda general de los acreedores. ¿Es viable jurídicamente consignar una cláusula de reserva que permita excluir de esta condición el aporte realizado?

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

A. Problema jurídico

Los problemas jurídicos que se plantean en la consulta comprenden una parte general y abstracta, y otra particular y concreta.

En cuanto hace relación a la primera, los problemas se pueden agrupar en las siguientes preguntas:

– ¿Una entidad pública puede aportar bienes de su propiedad al capital de una corporación, de naturaleza pública o mixta, dedicada al desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación (ACTI)?

– ¿Teniendo en consideración que las corporaciones, de naturaleza pública o mixta, que desarrollan actividades de ciencia, tecnología e innovación (ACTI) actúan conforme al derecho privado, los aportes que realizan a su favor las entidades públicas resultarían antijurídicos, de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución Política?

– ¿Es jurídicamente viable establecer una cláusula en virtud de la cual los aportes que realiza la nación – Ministerio de Defensa Nacional a las corporaciones referidas, no hagan parte de la prenda general de los acreedores de tales corporaciones?

Con respecto a la segunda parte, el problema jurídico correspondería a:

– ¿La nación – Ministerio de Defensa Nacional como titular de un bien amparado por la propiedad industrial o de un bien inmueble, podría transferirlo a título de aporte de capital en especie a Codaltec, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3° del decreto ley 393 de 1991?

B. Análisis de la Sala

El estudio de la Sala comprenderá los siguientes aspectos: **1.** Naturaleza jurídica de las corporaciones. **2.** Las corporaciones para actividades científicas y tecnológicas, decreto ley 393 de 1991. **3.** Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (Codaltec). **4.** Separación de los bienes de los miembros respecto del patrimonio de Codaltec y viceversa. **5.** Bienes o derechos de propiedad industrial. **6.** Transferencia y licencia de los derechos de propiedad industrial. **7.** Bienes o derechos de propiedad industrial como bienes fiscales. **8.** Transferencia de inmuebles **9.** Conclusión.

1. Naturaleza jurídica de las corporaciones

El Código Civil define las personas jurídicas o personas morales, así: *“se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”* (artículo 633, inciso 1).

La doctrina administrativa, en consonancia con la civil, ha considerado que la personalidad jurídica se configura cuando concurren tres elementos: *(i)* unos intereses considerados por el legislador como dignos de protección jurídica; *(ii)* una relación lógica que vincula estos intereses a un sujeto como centro de imputación; *(iii)* una organización que permite determinar quién tiene la representación de estos intereses¹.

a. Clasificación de las personas jurídicas. Públicas y privadas. Con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro

Las personas jurídicas son susceptibles de ser clasificadas en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado, en atención al origen de los recursos que las integran, la finalidad que cumplen, las condiciones de su creación, funcionamiento, regulación, intervención, vigilancia, extinción y liquidación.

También es posible establecer entre las personas jurídicas una división en función del ánimo de lucro, de acuerdo con la cual, en las personas jurídicas con ánimo de lucro, como es el caso de las sociedades mercantiles, quienes las crean e invierten en ellas, esperan obtener un incremento de su patrimonio propio como resultado de la actividad social de la persona jurídica que crearon. Por el contrario, las personas jurídicas sin ánimo de lucro se caracterizan porque las personas naturales o jurídicas que participan en su creación y que aportan bienes para su capital, no pretenden lucrarse en su patrimonio personal de las actividades que realiza la persona jurídica que constituyen, tal y como ocurre en las asociaciones y fundaciones. En torno a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, ha expuesto la doctrina nacional:

“Tradicionalmente se ha buscado definir a las personas jurídicas sin fin lucrativo en torno al propósito buscado por quienes participan en la creación de la persona jurídica y a la naturaleza de las actividades que, en función de las finalidades asignadas, debe desarrollar la nueva organización. En ese orden de ideas, se expresa que el fundador o fundadores, en la fundación, y los partícipes o miembros, en la asociación, han de perseguir propósitos diferentes del repar-

1 M. Waline, *Traite Elementaire de Droit Administrative*, 6ª Ed., Recueil Sirey, 1952, p. 174.

to de los beneficios o excedentes que, eventualmente, genere la gestión propia de la persona jurídica”².

En tal sentido, las normas del Código Civil indican que “*las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública*” (artículo 633, inciso 2°). De acuerdo con la doctrina, las corporaciones son agrupaciones de personas que las establecen para la realización de un objeto común de satisfacción o defensa de sus intereses, quienes, de acuerdo con esa voluntad constituyente, definen las modificaciones del objeto social, el funcionamiento y la disolución de la corporación. Las fundaciones están constituidas por un capital que se destina por parte del fundador para un interés general, de manera que su existencia es independiente de las personas que las crearon, o las administran, o se benefician de ellas³.

En el caso concreto, habida cuenta de las preguntas formuladas, interesa a la Sala analizar las corporaciones.

b. Clasificación de las corporaciones

Las corporaciones, entendidas como agrupaciones de personas, son susceptibles de división en los siguientes términos:

“Toda corporación que persigue ganancias apreciables en dinero o ventajas patrimoniales para repartir entre los miembros que lo forman, se denomina sociedad... En cambio las demás corporaciones que no buscan lucro apreciable en dinero para repartirse entre los asociados, no son sociedades; generalmente se las denomina ‘asociaciones’... En el derecho positivo colombiano, el único criterio para la clasificación de las corporaciones es el ya indicado, es decir, asociaciones que persiguen lucro para repartirse entre los socios (sociedades), y asociaciones que no persiguen lucro o, aunque lo persiga, no está destinado a ser repartido entre los asociados”⁴.

El Código Civil colombiano (artículo 635) indica que las “*sociedades industriales*” están sometidas a las disposiciones del Código de Comercio, el cual define la sociedad como 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). La norma establece también que: “*La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*”.

En cuanto hace referencia a las “*corporaciones de derecho público*”, el Código Civil determina que, en principio, las disposiciones comprendidas en este cuerpo jurídico no se les aplican, razón por la cual se deben analizar las normas especiales que para tal efecto se expidan (artículo 635, inciso 2°).

2 A. Tafur, Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado, 3ª Ed., Temis, 1990, p. 8.

3 A. VALENCIA ZEA, A ORTIZ, DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL Y PERSONAS, 14ª Ed., TEMIS, 1997, p. 533.

4 A. Valencia Zea, A Ortiz, Derecho Civil. Parte general y personas, cit., p. 533.

2. Las corporaciones para actividades científicas y tecnológicas. Decreto ley 393 de 1991

El 8 de febrero de 1991, el Gobierno nacional, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por la Ley 29 de 1990, expidió el decreto ley 393 de 1991 “*por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías*”.

2.1. Contenido del decreto ley 393 de 1991 “*por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías*”

La norma dispone lo concerniente a la forma y el régimen al cual se sujetará la Nación y las entidades descentralizadas cuando quiera que se involucren en las actividades comprendidas en el epígrafe del decreto, en particular, contiene los siguientes aspectos:

– las **modalidades de asociación** bajo las cuales se podrá actuar corresponderán a: (i) “*la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones*”; (ii) “*la celebración de convenios especiales de cooperación*” (artículo 1°);

– los **propósitos** que se persiguen están relacionados con la investigación científica y tecnológica que tenga aplicación en la producción nacional y en los asuntos ambientales, así como la capacitación de recursos humanos para estos fines; también se adelantarán las actividades relacionadas con la adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras, la creación de redes de información, los sistemas de gestión de calidad, de normalización y metrología, al igual que todo lo relacionado con la creación de fondos, realización de seminarios, financiación de publicaciones y otorgamientos de premios que conciernan a estos temas (artículo 2°);

– se **concede autorización** a la nación y a sus entidades descentralizadas para crear y organizar con los particulares, sociedades civiles y comerciales, y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, para el cumplimiento de los propósitos señalados (artículo 3°);

– también se **autoriza a la nación y a sus entidades descentralizadas para asociarse con otras entidades públicas de cualquier orden**, para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, de acuerdo con las modalidades referidas (artículo 9°);

– los **aportes** correspondientes podrán ser realizados “*en dinero, en especie o de industria, entendiéndose por aportes en especie o de industria, entre otros, conocimiento, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos, y trabajo de científicos, investigadores, técnicos y demás personas que el objeto requiera*” (artículo 3°);

– así, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán **adquirir u ofrecer acciones, cuotas o partes de interés** en “*sociedades civiles y comerciales o personas jurídicas sin ánimo*

de lucro ya existentes, cuyo objeto sea acorde con los propósitos señalados en este Decreto” (artículo 4°);

– **la normatividad aplicable** a las sociedades y a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se creen para el desarrollo de los fines mencionados, corresponderá a *“las normas pertinentes del Derecho Privado”* (artículo 5°);

– finalmente, **sin que surja una nueva persona jurídica** las actividades científicas y tecnológicas podrán desarrollarse mediante **convenios especiales de cooperación** de acuerdo con las reglas especiales y los requisitos dispuestos para el efecto, (artículos 6°, 7° y 8°).

2.2. Sentencia C-506 de 1994

Teniendo en consideración las preguntas que se formulan en la consulta, es importante referir que el decreto ley 393 de 1991 fue demandado en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, con base en dos cargos.

El primer cargo consistió en que el Presidente excedió las facultades que le fueron conferidas para el efecto por la Ley 29 de 1990 al expedir el decreto, puesto que la ley permitía que las entidades públicas se asociaran para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología solo bajo la modalidad de personas jurídicas con ánimo de lucro, pero no podían hacerlo bajo la modalidad de persona jurídica sin ánimo de lucro, cuestión que se autorizó en el decreto.

El segundo cargo hizo referencia a la supuesta vulneración del artículo 355 de la Constitución Política⁵, puesto que con la autorización que se concedió para que las entidades públicas constituyeran personas jurídicas sin ánimo de lucro, se abrió el espacio para que se decretaran auxilios o donaciones en favor de personas jurídicas de derecho privado, lo cual está prohibido por mandato constitucional.

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-506 de 1994, declaró la exequibilidad de la norma. En relación con el primer cargo, indicó que en la Ley 29 de 1990 y en el decreto ley 393 de 1991, la expresión *“asociarse”* no se puede limitar, como pretendió el demandante, a las modalidades societarias con ánimo de lucro, en tanto que:

“...el régimen que permite la conformación de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con carácter mixto por la participación de aportes de la Nación y de sus entidades descentralizadas, en todo caso significa la posibilidad de utilizar formas válidas y legítimas de asociación y participación en la gestión de fines públicos o de la atención y de la prestación de verdaderos servicios públicos, y no comportan por sí mismas un simple traslado de recursos públicos a los particulares”.

⁵ 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”.

Con respecto al segundo cargo, la Corte reiteró su posición en torno al artículo 355 expuesta en la sentencia C-372 de 1994, en virtud de la cual las modalidades de asociación de entidades estatales con particulares y los traslados de recursos a favor de estos últimos deben contar con un régimen constitucional específico que defina sus cometidos y objetivos, puesto que de no ser así resultan antijurídicos. En el caso específico del decreto ley 393 de 1991, la Corte Constitucional concluyó que no se configuraba la prohibición contenida en el artículo 355 puesto que:

“...se trata de una concreta modalidad de destinación de los recursos públicos para la atención de una actividad específica de carácter público identificada en la Constitución y en la ley, con la participación de los particulares, en los términos de los artículos 69⁶ y 71⁷ de la Carta que prevén los fines específicos a los que pueden dedicarse”.

La sentencia C-316 de 1995 reiteró las conclusiones de la providencia analizada frente a una nueva demanda presentada en contra del decreto ley 393 de 1991, de suerte que se mantuvo la declaratoria de exequibilidad de la norma.

2.3. Entidades descentralizadas indirectas. Ley 489 de 1998

Es conveniente indicar que las corporaciones referidas resultan encuadrarse dentro de lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, el cual señala que las entidades públicas se pueden asociar por medio de convenios interadministrativos o a través de la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro, *“con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo”* (artículo 95, inciso 1°).

La naturaleza de estas personas jurídicas sin ánimo de lucro, es la de entidades descentralizadas del orden nacional en tanto que constituyen *“entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal es el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio...”* (Artículo 68 de la Ley 489 de 1998).

De tiempo atrás la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha diferenciado entre *“entidades descentralizadas directas”*, esto es, aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo y *“entidades descentralizadas indirectas”*, es decir, las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal⁸.

En el caso concreto de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyen para *“actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”* en desarrollo del decreto ley 393 de 1991, la Sala ha considerado que corresponden a entida-

6 *“Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.*

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”.

7 *“Artículo 71.- La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades”.*

8 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de octubre de 2000, exp. n.º 1291.

des descentralizadas indirectas, en tanto que “*su constitución no surge por el mero hecho de la autorización de la ley, la ordenanza o el acuerdo, sino que requiere de un acto de naturaleza contractual*”⁹, así:

*“...dentro del procedimiento de constitución de una entidad descentralizada indirecta, están previstas dos autorizaciones: la primera, ordenada por la Constitución, proveniente de la ley, la ordenanza o el acuerdo, por la cual se faculta a unas entidades para que constituyan otra; la segunda, ordenada por la ley, que debe proceder del gobierno nacional, el gobernador o el alcalde, para que esas entidades concurren al acto de constitución de la nueva y suscriban el correspondiente contrato de sociedad o de asociación”*¹⁰.

El régimen legal al cual se sujetan las personas jurídicas sin ánimo de lucro que resultan de la asociación exclusiva de entidades públicas está constituido por “*las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género*” (artículo 95, inciso 2°).

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-671 de 1999 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 95 citado, en el siguiente sentido:

“...la disposición en estudio solo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de estas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán las propias de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa”.

De conformidad con el marco legal y constitucional expuesto, el Estado ha llevado a cabo actividades tendientes a la innovación tecnológica por medio de la creación de algunas corporaciones, dentro de las cuales se encuentra la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, cuya naturaleza jurídica corresponde a una entidad descentralizada indirecta sometida al derecho privado y a las normas legales que resulten aplicables en atención a la naturaleza de las entidades públicas que la conformaron.

3. Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (Codaltec).

El 4 de diciembre de 2012, el Ministerio de Defensa Nacional, el departamento del Meta, el municipio de Villavicencio, la Industria Militar (Indumil) y la Corporación de Industria Aero-

9 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de octubre de 2007, exp. n.º 1844.

10 Ídem.

náutica Colombiana S. A. (CIAC S. A.), mediante un documento privado (folios 79-89), constituyeron la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, la cual fue debidamente inscrita en el registro mercantil el 7 de diciembre siguiente (folios 75-76).

De acuerdo con los Estatutos Sociales, se advierte que:

– La **naturaleza jurídica** de la entidad es la de “*una corporación de naturaleza civil, de derecho privado y sin ánimo de lucro*”, en su modalidad de asociación, la cual se encuentra sujeta al decreto ley 393 de 1991 y a los artículos 633 y subsiguientes del Código Civil (artículo 2° de los Estatutos Sociales);

– El **objeto** de la corporación es:

“... *el desarrollo, la promoción y la realización de actividades de ciencia, tecnología e innovación a adelantarse de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, a efecto de fortalecer las capacidades científico tecnológicas del Sector Defensa de la República de Colombia, buscando apoyar la generación de desarrollos de carácter industrial a nivel nacional, tanto para el Sector Defensa como para otros sectores de la industria nacional, como consecuencia del uso dual de las capacidades tecnológicas aplicables*” (artículo 5°);

– Dentro de los **objetivos específicos** de la Corporación se encuentra el de “*otorgar licencias de uso de los productos y de los resultados de investigación de los proyectos de investigación y desarrollo de la industria del Sector Defensa con el fin de autofinanciar a la Corporación*” (artículo 6°);

– El **patrimonio** de la Corporación está compuesto por aportes en dinero, en especie y en industria de los miembros fundadores, en particular, el Ministerio de Defensa Nacional aporta, respectivamente, (i) Dos mil millones de pesos (\$2'000.000.000.); (ii) cuatro equipos de cómputo de alto rendimiento y una “*unidad de potencia ininterrumpida*”; (iii) “*personal en comisión de la Fuerza Pública y/o civil (dado el caso) para el desarrollo de los programas estratégicos y para la administración de la Corporación*” (artículo 9°);

– Los **recursos adicionales** que pueden acrecentar el patrimonio de la Corporación, entre otras fuentes, provendrán de “*aportes ordinarios y extraordinarios de los Miembros*” (artículo 10);

– El **Ministerio de Defensa**, tal y como ocurre con los demás miembros fundadores, tiene derecho a voz y voto (artículo 16, literal a, numeral 1), a participar en las actividades de la corporación, a revisar los libros contables, a retirarse voluntariamente y a elegir los órganos de dirección (artículo 16, literal b);

En la Asamblea General de Miembros, el Ministerio de Defensa cuenta con voz y voto en relación con los temas que ahí se tratan y, especialmente, respecto de “*las decisiones que puedan afectar la defensa y seguridad nacional*” se exige su “*aval o voto favorable*” y se le concede un derecho de veto (artículo 25, parágrafo 2°; artículo 32, numerales 2 y 3);

– La **Asamblea General de Miembros** tendrá quórum deliberativo con la mitad más uno de los miembros de la corporación y quórum decisorio con la mayoría absoluta de los miembros asistentes, no obstante, **el Ministerio de Defensa es indispensable para las decisiones que afecten la defensa y seguridad nacional** (artículo 34). En tal sentido, estas disposiciones desarrollan el artículo 638 del Código Civil, el cual define que *“la voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación”*, salvo que los estatutos de la corporación prescribieren modificaciones al respecto¹¹.

En ese orden de ideas, los recursos aportados por parte del Ministerio de Defensa al patrimonio de Codaltec, así como los que aportare con posterioridad, se encuentran afectados a la destinación dispuesta, de acuerdo con las normas legales y con los estatutos sociales correspondientes y, por supuesto, hacen parte de un patrimonio diferente al de la entidad aportante.

4. Separación de los bienes de los miembros respecto del patrimonio de Codaltec y viceversa

La viabilidad jurídica de que una entidad pública, que cuenta con la condición de miembro de una persona jurídica sin ánimo de lucro, pueda realizar una reserva, pacto, cláusula o disposición de origen convencional, en virtud de la cual un bien que la primera aporta al patrimonio de la segunda no haga parte de la prenda general de los acreedores de la persona jurídica sin ánimo de lucro, implica el estudio de la separación de los patrimonios entre un miembro y la corporación, la confrontación entre la fuente legal y la convencional, y lo relativo a la prenda general de los acreedores.

4.1. Regla general: los bienes y derechos que integran el patrimonio de una corporación están separados de los bienes y derechos de los miembros aportantes, y constituyen la prenda general de los acreedores de la corporación

Es un principio básico de las personas jurídicas con ánimo de lucro que los aportes que realizan sus socios o accionistas, según el caso, entran al patrimonio de la sociedad y dejan de pertenecer al aportante, quien recibe como contraprestación las partes de interés, cuotas o acciones que representan el valor aportado y los correspondientes derechos políticos y económicos.

En las personas jurídicas sin ánimo de lucro, los derechos que reciben las personas que concurren a su creación, o que con posterioridad se integran, no son de índole económico puesto que la naturaleza propia de las asociaciones los descarta. Los miembros se hacen titulares de los derechos políticos para participar en las asambleas o juntas de gobierno y en las elecciones respectivas, así como de todas las atribuciones dispuestas en los estatutos sociales y en la ley, entre otras, la de revisar los libros de contabilidad.

En el caso específico de una corporación, se debe tener en cuenta que su existencia obedece a un acto colectivo, el cual *“produce consecuencias jurídicas más allá del círculo patri-*

¹¹ *“Artículo 638.- La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una sala o reunión legal de la corporación entera. La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto.”*

*monial de cada uno de los asociados, puesto que se dirige a la creación de un nuevo sujeto de derecho*¹².

En ese orden de ideas, la separación de patrimonios entre el aportante y la persona jurídica creada es reconocida por el ordenamiento jurídico de forma particular para el caso de las corporaciones, cuando el Código Civil precisa la siguiente regla:

“Artículo 637. Lo que pertenece a una corporación no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes de la corporación”.

Así, el patrimonio del aportante y el de la corporación están claramente separados. Es bueno recordar que las personas jurídicas sin ánimo de lucro, como todas las demás personas jurídicas y como las naturales, tienen un patrimonio, esto es, *“...una unidad, un total, compuesto por todos los derechos susceptibles de estimación económica, pecuniaria, en oportunidades confundidos o identificados con las mismas cosas sobre las cuales recaen (activo) y de todas las obligaciones (deberes de prestación) que pesan sobre el sujeto titular”*¹³.

El Código Civil se aproxima a la noción de patrimonio al establecer que *“toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sea presentes o futuros...”* (Artículo 2488), en atención a lo cual, *“los acreedores con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta la concurrencia de sus créditos...”* (Artículo 2492).

Entendido entonces el patrimonio como la universalidad de derecho compuesta por elementos activos y pasivos, presentes y futuros, de valor pecuniario, radicados en una persona, dentro de la cual los bienes y derechos que engrosan su capital están llamados a responder por las deudas y obligaciones contraídas, se puede afirmar, que, salvo las excepciones legales, cualquier reserva, pacto, cláusula o disposición de origen convencional que se extienda para que alguno de los bienes o derechos de una persona, que integran su patrimonio, no hiciera parte de la prenda general de los acreedores, iría en contra de la normatividad vigente.

Las excepciones a la regla general provienen de la ley, las cuales no tienen aplicación en el caso consultado

Algunos bienes que integran el patrimonio de una persona no hacen parte de la prenda general de los acreedores desde la perspectiva de la imposibilidad jurídica de embargarlos para que, en el marco de una ejecución judicial, constituyan la fuente de pago de las obligaciones y deudas insolutas que están a cargo del titular de tal patrimonio.

12 A. Tafur, Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado, cit., p. 26.

13 B. Windscheid, Tratado de Derecho Civil Alemán, trad. F. Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1976.

Es el caso de los bienes comprendidos en el artículo 1677 del Código Civil¹⁴ y en el artículo 594 del Código General del Proceso¹⁵, así como del patrimonio de familia inembargable (leyes 70 de 1931 y 495 de 1999), de la afectación a vivienda familiar (Ley 258 de 1996, Ley 854 de 2003), de los recursos de las cuentas individuales de ahorro pensional (Ley 1328 de 2009, Ley 100 de 1993) y de las sumas depositadas en las secciones de ahorro de las entidades financieras que no superen cierto monto¹⁶ entre otros.

No obstante, estas excepciones a la regla general y legal que trata al patrimonio como la prenda general de los acreedores, existen en virtud de disposiciones legales y no convencionales.

En el caso concreto de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que sus Estatutos Sociales definen claramente que *“los recursos de la Corporación solo podrán destinarse para sufragar sus gastos de funcionamiento y para desarrollar sus objetivos específicos y las actividades enmarcadas en su objeto”* (artículo 11), de suerte que los aportes realizados no tienen la vocación de ser reintegrados al patrimonio del aportante, sino de desarrollar el objeto de la corporación.

En ese orden de ideas, la Sala considera que, en los términos expuestos en la consulta, los aportes consistentes en *“dinero, patentes¹⁷ material bibliográfico, instalaciones, equipos o inmuebles”* realizados por parte de un miembro al patrimonio de una persona jurídica sin ánimo de lucro, no podrían ser excluidos de la prenda general de los acreedores.

14 “No son embargables: 1°. No es embargable el salario mínimo legal o convencional. 2°. El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas. ... 5°. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado. 6°. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual. 7°. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes. 8°. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente. 9°. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación”.

15 “Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar: 1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social. 2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios. 3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje. Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales. 4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas. 5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. 6. Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados. 7. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios. 8. Los uniformes y equipos de los militares. 9. Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos. 10. Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano. 11. El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor. 12. El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez. 13. Los derechos personalísimos e intransferibles. 14. Los derechos de uso y habitación. 15. Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título. 16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales”.

16 Decreto Legislativo 2349 de 1965. Para el período del 1° de octubre de 2015 a 30 de septiembre de 2016 es hasta treinta y un millones doscientos noventa y ocho mil doscientos treinta y siete pesos (\$31.298.237) moneda corriente, según se indicó en la Carta Circular n.° 82 del 8 de octubre de 2015.

17 Los *“derechos sobre la propiedad industrial”*, dentro de los cuales se encuentran las patentes de modelo de utilidad y los registros de diseños industriales, de conformidad con el artículo 136 del Código de Comercio, tienen la calidad de un aporte en especie.

4.3. Hipótesis adicionales

Sin perjuicio de lo anterior, previo a la transferencia del aporte, con la diligencia y cuidado que son exigibles a las entidades estatales en tratándose de recursos públicos, deben existir las previsiones relacionadas con la valoración, aportación, destinación específica, uso y transferencia del bien aportado, para cuya instrumentación, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se podrán emplear diferentes esquemas negociales.

Lo anterior, con el fin de salvaguardar los fines buscados por la entidad estatal, la destinación específica de los aportes y la naturaleza de bien fiscal. Para el efecto, tendrá la libertad de pactos y, si es el caso, de acordar la reforma de los estatutos sociales necesaria que asegure sus objetivos. Así, entre otras figuras de carácter típico o atípico que resultaren lícitas conforme al orden público y las buenas costumbres es procedente la condición de constitución del patrimonio autónomo que surge de la fiducia mercantil o la aportación del bien o derecho a título de usufructo.

Patrimonio autónomo constituido en virtud de la fiducia mercantil

Cuando el bien o derecho transferido a título de aporte por parte del miembro y a favor de la corporación, entre al patrimonio de esta última, el bien o derecho podría ser entregado a una sociedad fiduciaria en virtud de un contrato de fiducia mercantil para que constituyera un patrimonio autónomo que lo administrara de acuerdo con las instrucciones que impartiera la corporación.

Incluso, en lugar de transferir el bien o derecho a la corporación, la entidad aportante podría celebrar un contrato de fiducia mercantil con una sociedad fiduciaria para que se constituyera un patrimonio autónomo respecto del bien o derecho que se pretendía transferir. En este caso, lo que transferiría la entidad aportante a la corporación sería los derechos fiduciarios que aquella tiene en relación con el contrato de fiducia celebrado.

En términos generales, en virtud de la fiducia una persona, denominada fideicomitente, entrega a una sociedad fiduciaria uno o más bienes para que los administre y enajene a favor de un beneficiario, de acuerdo con la finalidad dispuesta por el fideicomitente (artículo 1226). Los bienes entregados al fiduciario se mantienen separados del resto de su activo y *“forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”* (artículo 1233).

Así, durante el período en el que el negocio fiduciario esté vigente, es decir, mientras no se realicen plenamente los fines respectivos, no se cumpla el plazo o condición correspondientes o, en general, no se verifique la ocurrencia de alguna de las causas de extinción legales¹⁸, los bienes entregados en fiducia no hacen parte del patrimonio del fiduciante, puesto que

18 Código de Comercio. *“Artículo 1240. Causas de extinción del negocio fiduciario. Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes: 1) Por haberse realizado plenamente sus fines; 2) Por la imposibilidad absoluta de realizarlos; 3) Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley; 4) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido; 5) Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia; 6) Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción; 7) Por disolución de la entidad fiduciaria; 8) Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario; 9) Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo; 10) Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y 11) Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho”*.

se ha desprendido de ellos, los ha transferido, de conformidad con lo dispuesto en el título contractual respectivo.

Los bienes entregados en fiducia tampoco integran el patrimonio del fiduciario, quien a pesar de obrar como su representante y vocero, no se hace titular del derecho de dominio, en tanto que los bienes fideicomitidos permanecen separados de su patrimonio y de los demás negocios que administra. Menos aún se incorpora al patrimonio del beneficiario, dado que habrá de esperar a que se verifiquen los supuestos fácticos que obran en la convención o norma legal aplicable para que se enajenen los bienes a su favor.

En ese orden de ideas, se forma un patrimonio autónomo cuando se celebra un contrato de fiducia y se transfieren unos bienes para el cumplimiento de una finalidad específica, los cuales no quedan radicados bajo el dominio o propiedad de ninguna persona, mientras se cumple el plazo o la condición para la enajenación a favor del beneficiario.

Es necesario recordar que los bienes que hacen parte del patrimonio autónomo, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, *“no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes”* (artículo 1238).

En tal sentido, si la corporación constituyera un patrimonio autónomo respecto de los bienes aportados por la nación-Ministerio de Defensa en los términos expuestos, se establecería una protección contractual y legal respecto de tales bienes que no permitiría que fueran perseguidos por los acreedores de la corporación *“a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo”*. En el mismo caso se estaría en el escenario en el cual la entidad aportante transfiriera derechos fiduciarios al patrimonio de la asociación, en lugar del bien o derecho propiamente dicho.

Usufructo

De acuerdo con la naturaleza del bien o derecho que se quiera aportar a la asociación, se podrá transferir en lugar de la propiedad, el derecho real de usufructo. En este supuesto, el miembro aportante tendrá la calidad de *“nudo propietario”* y la asociación de *“usufructuario”* (artículo 824, Código Civil; artículo 127, Código de Comercio), la cual podrá gozar de la cosa (artículo 823), en el sentido de obtener los frutos naturales o civiles que produzca¹⁹.

Es importante considerar que está prohibido someter a plazo o condición suspensivas, la constitución del usufructo, puesto que de procederse en tal sentido *“no tendrá efecto alguno”* (artículo 827, Código Civil). Por el contrario, es perfectamente válido establecer un plazo o una condición resolutoria para su terminación (artículo 863).

El Código de Comercio, en su condición de norma supletoria en las materias que corresponden a las personas jurídicas que no cuentan con una reglamentación específica sobre el punto en cuestión, determina claramente, entre otros supuestos taxativos, que los asociados

¹⁹ Código Civil “Artículo 714. Se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana”. “Artículo 717. Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido”.

podrán pedir la restitución de su aporte, cuando se hubiere hecho a título de usufructo y se pacta en el contrato el derecho a la restitución (artículo 143).

En tal sentido, se presenta una alternativa jurídica para que los aportes realizados sean susceptibles de volver al patrimonio del aportante, de conformidad con las condiciones específicas dispuestas en el título contractual, las cuales no podrán vulnerar el orden público, so pena de que se declare su ineficacia.

5. Bienes o derechos de propiedad industrial

El Código Civil define con claridad que *“sobre las cosas incorporales hay también un derecho de propiedad”* (artículo 670) y, en particular, en el asunto que concita la atención de la Sala, precisa que *“las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”* y que su regulación está sujeta a leyes especiales (artículo 671).

La propiedad intelectual está reconocida en la Constitución Política, donde se remite su regulación a la legislación, al establecer que *“el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”* (artículo 61), así como también cuando prescribe que el Congreso está llamado, mediante las leyes a *“regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual”* (artículo 150, numeral 24). Existe también un número plural de tratados y convenciones suscritas y ratificadas por Colombia en el tema de propiedad intelectual, que resultan vigentes en la actualidad²⁰.

La Corte Constitucional ha dispuesto sobre el particular:

“El desarrollo económico da lugar al surgimiento de nuevas formas de riqueza, cuya protección se remite al esquema del derecho de propiedad que, si bien teóricamente admite su ejercicio sobre las llamadas “cosas incorporales” (C. C. art. 670), históricamente fue concebido a partir del modelo de la propiedad sobre cosas corporales, deduciendo de su aprovechamiento sus facultades o atributos.

Patentes de invención, dibujos y modelos industriales, marcas de productos y de servicios, marcas colectivas, nombres comerciales y enseñas, por su carácter innovativo y distintivo, según sea el caso, representan un valor actual o potencial, que ha sido tomado en cuenta por el Legislador para atribuir titularidades que se sujetan al esquema de la propiedad, precisamente para dotar a sus beneficiarios de los medios de defensa asociados a esta situación activa de poder jurídico.

Esta extensión del ámbito de la propiedad obliga a visualizar de una manera distinta la noción de propiedad que se toma como marco de referencia. Lejos de pretenderse una relación directa del sujeto con el bien, lo que se busca es la garantía de su uso exclusivo para los efectos de la fabricación y comercialización de un producto y para la conservación de una clientela.

Esta especie de propiedad obliga a pensar en un genus desmaterializado, caracterizado por el elemento de mera pertenencia o titularidad a la que se vincula un acervo procesal de accio-

20 <http://www.wipo.int/wipolex/es/profile.jsp?code=co>, consultado 9 de febrero de 2016.

nes para defenderla, y en la que la naturaleza intrínseca del bien no tiene proyección sobre la noción misma de propiedad”²¹.

En tal sentido, la propiedad intelectual constituye una modalidad diferente de propiedad en la que, tal y como su nombre lo indica, se amparan los bienes inmateriales que provienen del intelecto humano, tradicionalmente clasificados en dos categorías, a saber: derechos de autor y propiedad industrial.

En relación con los derechos de autor, la Ley 23 de 1982 prescribe que *“los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común”* (artículo 1). Es decir, las creaciones del intelecto cuyos objetos se materializan en la literatura, la ciencia o el arte, son susceptibles de protección jurídica en virtud de los derechos de autor.

Por su parte, la propiedad industrial, junto con el establecimiento de comercio y los títulos valores, comprenden los bienes mercantiles, de conformidad con el Código de Comercio. La doctrina define que el derecho de la propiedad industrial está encaminado a regular la competencia económica y a promover el progreso técnico, mediante el reconocimiento de los derechos correspondientes a quienes procuran su titularidad legítimamente y, en ese orden de ideas, obtienen la protección jurídica frente a los competidores²².

La propiedad industrial se agrupa en dos categorías: las nuevas creaciones y los signos distintivos. La Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina, que contiene el *“Régimen Común sobre Propiedad Industrial”* define todo lo concerniente a unas y otros; en relación con las creaciones, comprende: patente de invención, patente de modelo de utilidad, esquemas de trazado de circuitos integrados y diseño industrial; en relación con los signos distintivos: marcas de productos y de servicios, lemas comerciales, nombre y enseña comerciales.

Habida cuenta de que la consulta está referida principalmente a las creaciones, la Sala considera necesario centrar su atención en las patentes y en el diseño industrial. La patente de invención ha sido definida por la doctrina como *“un derecho exclusivo a la explotación de una invención durante un período determinado... derivado de un acto estatal específico cuyas consecuencias son determinadas en forma explícita por la legislación”*²³. En términos generales:

*“El régimen de patentes, tal como se lo concibe en la actualidad en la generalidad de los países del mundo, se limita a invenciones, sean de productos o procedimientos, que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Para que se otorgue la patente, se requiere normalmente que la presentación de una solicitud se vea acompañada mediata o inmediatamente de la descripción de la invención suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a la práctica la invención...”*²⁴.

21 Corte Constitucional, C-006 de 1993.

22 J. Schmidt-Swalewski, Droit de la Propriété Industrielle, Dalloz, 1984, p. 1.

23 G. Cabanellas, Derecho de las patentes de invención, Tomo I, Heliasta, 2001, p. 17.

24 G. Cabanellas, Derecho de las patentes de invención, cit., p. 25.

Por su parte, la patente que se concede respecto de los modelos de utilidad, constituye “una figura dirigida a proteger innovaciones tecnológicas de escaso nivel creativo”²⁵ y el diseño industrial protege las creaciones en sus “aspectos ornamentales y estéticos, con excepción de sus aspectos funcionales”²⁶.

En el derecho positivo que rige la materia en la subregión andina, la Decisión 486 de 2000, determina que la patente se otorga por un “plazo de duración de veinte años contado a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud” (artículo 50), para “las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas²⁷, tengan nivel inventivo²⁸ y sean susceptibles de aplicación industrial²⁹” (artículo 14).

La patente de modelo de utilidad, que se concede por diez años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud (artículo 84), consiste en:

“... toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía” (artículo 81).

En relación con el diseño industrial, cuya protección jurídica también se extiende por diez años, contados desde la fecha de presentación de la solicitud (artículo 128), el cuerpo jurídico en mención define que corresponde a:

“la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto” (artículo 113).

De acuerdo con lo expuesto en la consulta, el Ministerio de Defensa es titular de algunos de estos derechos de propiedad industrial, respecto de los cuales tiene la intención de transferirlos y de que sean licenciados para su explotación comercial.

6. Transferencia y licencia de los derechos de propiedad industrial

En relación con la posibilidad de enajenar los derechos que provienen de la patente de invención la Decisión 486 de forma inequívoca prescribe que “una patente concedida o en trámite de concesión podrá ser transferida por acto entre vivos o por vía sucesoria” (artículo 56).

25 G. Cabanellas, Derecho de las patentes de invención, cit., p. 19.

26 G. Cabanellas, Derecho de las patentes de invención, cit., p. 24.

27 “Artículo 16. Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida. Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, también se considerará dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación o de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando, siempre que dicho contenido esté incluido en la solicitud de fecha anterior cuando ella se publique o hubiese transcurrido el plazo previsto en el artículo 40”.

28 “Artículo 18. Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica”.

29 “Artículo 19. Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios”.

La patente de modelo de utilidad, de acuerdo con la remisión que hace la propia Decisión a la norma antes transcrita, también es susceptible de ser transferida (artículo 85). En torno a la enajenación de los derechos que emanan del registro de modelo de utilidad, la norma aplicable define que “*podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria*” (artículo 114).

De acuerdo con lo dispuesto en las normas mencionadas, donde se explicita el derecho que asiste al titular de la patente para transferirla, conviene recordar que la transferencia o enajenación de la propiedad de un bien corporal o incorporal, puede efectuarse con fundamento en diferentes títulos, entre otros, compraventa, permuta, donación, aporte al capital de una persona jurídica.

Es bueno considerar también que la Decisión 486 reconoce al titular de la patente de invención, de la de modelo de utilidad y del registro de diseño industrial el derecho de dar licencia para la explotación respectiva (artículos 57, 85 y 133).

La licencia ha sido caracterizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como el mecanismo en atención al cual se “*hace posible que el derecho exclusivo de explotación de la patente o de la marca pueda ser ejercido por una persona distinta de su titular, limitándose por su intermedio el ejercicio del ius prohibendi del licenciante frente al licenciatario, en los términos y condiciones fijados por el contrato*”³⁰.

En tal sentido, a diferencia de lo que ocurre con la transferencia o enajenación de los derechos de propiedad industrial, donde existe una verdadera consolidación en cabeza del adquirente de una titularidad jurídica similar al derecho real, en el caso de la licencia, se trata de un derecho personal que el licenciante o titular de la patente o del registro concede al licenciatario para la explotación de la creación, sin que el bien en sí considerado ingrese al patrimonio del licenciatario y lo incremente, puesto que solo adquiere los derechos de explotación que surgen del contrato.

7. Bienes o derechos de propiedad industrial como bienes fiscales

Las entidades estatales, al igual que los particulares, tienen un patrimonio, razón por la cual las patentes de invención, las patentes de modelo de utilidad y los registros de diseños industriales que sean de su titularidad jurídica lo integran, en calidad de bienes fiscales.

En efecto, habida cuenta de que su “*uso no pertenece generalmente a los habitantes*” (artículo 674, Código Civil), los derechos de propiedad industrial radicados en el patrimonio de una entidad estatal, corresponden a la noción de bienes fiscales, los cuales han sido caracterizados por la doctrina nacional como “*el dominio privado del Estado*”³¹ y se encuentran sujetos a un tratamiento semejante al de la propiedad privada³².

30 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 14 de julio de 2004, Proceso 43 – IP – 2004, solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 6, 56, 57, 105, 153, 161 y 162 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta

31 L. Rodríguez, Derecho Administrativo, 14a Ed., Temis, 2005, p. 228.

32 L. Velásquez Jaramillo, Bienes, 11a Ed., Comlibros, 2008, p. 81.

Sobre el particular es bueno tener en cuenta que el concepto de bien fiscal se define por oposición al de bien de uso público en los términos del Código Civil, lo cual implica que para encontrar su noción precisa, es necesario determinar primero la de bien de uso público, lo que genera algunas dificultades en función del caso concreto de que se trate³³.

En el asunto sometido a consideración de la Sala, es evidente que los bienes o derechos de propiedad industrial de titularidad de una entidad del Estado son bienes fiscales, puesto que el uso de un bien o derecho de esta naturaleza no se concede generalmente a los habitantes sino que se restringe al titular respectivo, lo que guarda coherencia con la definición del Código Civil. La propiedad intelectual implica, por esencia, la exclusividad en el uso a favor de su titular y la prohibición correlativa de cualquier explotación para el público en general.

Así, un bien o derecho de propiedad industrial radicado bajo la titularidad de una entidad estatal no podría ser considerado como de uso público, puesto que bajo ninguna circunstancia *“su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos”* (artículo 674, Código Civil).

En ese orden de ideas, son bienes fiscales de propiedad de la Nación, de conformidad con los certificados expedidos por el Director de Nuevas Creaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, tal y como obra en el expediente (folios 12-74), los siguientes:

Bien o derecho	Titular	Res. n.º	Vigencia hasta
Patente modelo de utilidad ¹	Mindefensa	70605	27 de abril de 2021
Registro de diseño industrial	Mindefensa	59078	7 de mayo de 2024

Es necesario indicar, junto con lo explicado hasta el momento, que las entidades estatales están facultadas para realizar negocios con los bienes o derechos de propiedad industrial de su titularidad, en los términos dispuestos por la Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, a saber:*

“Artículo 10º, Derechos de propiedad intelectual de proyectos de investigación y desarrollo financiados con recursos públicos, En los casos de proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, adelantados con recursos públicos, el Estado podrá ceder a título gratuito, salvo por motivos de seguridad y defensa nacional, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute el proyecto, sin que ello constituya daño patrimonial al Estado. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato y en todo caso el Estado se reserva el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional.

33 J. Pimiento, *Derecho Administrativo de Bienes*, Externado, 2015, p. 175.

Parágrafo: El Gobierno nacional reglamentará esta materia en un plazo no superior a un (1) año contado a partir de la vigencia de la presente ley”.

En atención a lo dispuesto en la norma, resulta más claro aún que el Ministerio de Defensa puede aportar al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, los bienes o derechos de propiedad industrial de su titularidad, es decir, los puede transferir al dominio de la corporación para que los comercialice y explote.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer énfasis en que, de conformidad con la norma, en el supuesto caso de que se aportare por parte de un miembro de una corporación un derecho o bien de propiedad industrial al patrimonio de esta última, el Estado tiene el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita respecto de los correspondientes derechos o bienes aportados, de suerte que con posterioridad a su enajenación a favor de la corporación, la entidad aportante tendrá la prerrogativa de ser licenciataria en tales términos.

8. Transferencia de inmuebles

Los bienes inmuebles están definidos en el Código Civil como las cosas corporales “*que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles*” (artículo 655). La nación –Ministerio de Defensa, así como las demás entidades del Estado, es titular del derecho de dominio sobre bienes inmuebles respecto del cual puede disponer en la medida en que las normas legales y reglamentarias sobre las competencias, procedimientos y objetos contractuales, lo permitan.

A propósito de la inquietud que se plantea en la consulta en torno a la posibilidad de que la Nación–Ministerio de Defensa u otra entidad pública le pueda transferir a título de aporte un inmueble a cualquier corporación de la que forme parte, la Sala considera indispensable circunscribir el análisis a los puntos tratados hasta el momento, porque la amplitud del interrogante puede conducir a extremos especulativos dada la pluralidad de entidades y asociaciones públicas y mixtas en nuestro ordenamiento jurídico y de la disimilitud de su naturaleza, regímenes, finalidades y objetos.

En tal sentido, sobre la base de lo entregado por la entidad consultante en el expediente, se estudiará la forma como la nación–Ministerio de Defensa podría aportar bienes inmuebles a la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, para lo cual se hace indispensable analizar la Ley 1753 de 2015 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, que a la letra dice:

Artículo 163. Movilización de activos. Modifíquese el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, el cual quedará así:

“Artículo 238. Movilización de activos. A partir de la expedición de la presente ley, las entidades públicas del orden nacional con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las entidades en liquidación, deberán vender los inmuebles que no requieran para el ejercicio de sus funciones y la cartera con más de ciento ochenta (180) días de vencida, al colector de activos de la Nación, Central de Inversiones (CISA), para que este las gestione.

...

El registro de la transferencia de los inmuebles entre las entidades públicas y CISA, estará exento de los gastos asociados a dicho acto. (...)

Parágrafo 2. La forma, los plazos para el traslado de los recursos que genere la gestión de los activos a que se refiere el presente artículo, las condiciones para determinar los casos en que un activo no es requerido por una entidad para el ejercicio de sus funciones, el valor de las comisiones para la administración y/o comercialización serán reglamentados por el Gobierno nacional”.

Es bueno señalar que la Central de Inversiones S. A. (CISA) es una sociedad comercial de economía mixta de orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de naturaleza única, sujeta, en la celebración de todos sus actos y contratos, al régimen de derecho privado. La sociedad tiene por objeto gestionar, adquirir, administrar, comercializar, cobrar, recaudar, intercambiar, enajenar y arrendar a cualquier título, toda clase de bienes inmuebles, muebles, acciones, títulos valores, derechos contractuales, fiduciarios, crediticios o litigiosos, incluidos derechos en procesos liquidatarios, cuyos propietarios sean entidades públicas de cualquier orden o rama, organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución Política y en la Ley, o sociedades con aportes estatales de régimen especial y patrimonios autónomos titulares de activos provenientes de cualquiera de las entidades descritas, así como prestar asesoría técnica y profesional a dichas entidades en el diagnóstico y/o valoración de sus activos y sobre temas relacionados con el objeto social³⁴.

En tal sentido, el parágrafo 2 está remitiendo al Gobierno nacional la orden de determinar, por medio de la expedición de un reglamento, en cuáles casos se debe considerar que “*un activo no es requerido por una entidad para el ejercicio de sus funciones*”, puesto que tales inmuebles deberán ser vendidos por parte de la entidad respectiva a Central de Inversiones (CISA), de acuerdo con las órdenes comprendidas en el artículo transcrito.

Así, en la actualidad, el Decreto 1068 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público*”, en el artículo 2.5.2.1., define:

“4. Bienes inmuebles requeridos para el ejercicio de sus funciones: Son aquellos activos fijos de propiedad de las entidades públicas que cumplan con una o varias de las siguientes condiciones:

- i) Que sean requeridos para el ejercicio de sus funciones y que actualmente se estén utilizando;*
- ii) Que hagan parte de proyectos de Asociación Público Privada de los que trata el artículo 233 de la Ley 1450 de 2011;*
- iii) Que al 14 de enero de 2014, hagan parte de proyectos de inversión pública relacionados con las funciones de la entidad pública propietaria y cuenten con autorizaciones para comprometer recursos de vigencias futuras ordinarias o extraordinarias”.*

³⁴ <https://www.cisa.gov.co/CMSPortalCISA/Web/Entidad/QueHacemosCisa.aspx>, consultado el 10 de febrero de 2016

En ese orden de ideas, cuando quiera que el bien de propiedad de la entidad pública no corresponda a alguna de las hipótesis comprendidas en el artículo transcrito, se considerará que se trata de un bien inmueble que la entidad no requiere para el ejercicio de sus funciones, motivo por el cual deberá venderlo a CISA.

En el caso contrario, es decir, si el inmueble de propiedad de una entidad estatal es congruente con alguna de las hipótesis comprendidas en la norma, se considerará que es requerido para el ejercicio de sus funciones y por tal razón, no existiría obligación legal de venderlo a CISA. En tal supuesto, se haría posible que la Nación–Ministerio de Defensa transfiriera el dominio de un inmueble de su propiedad al patrimonio de una asociación como la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, previo cumplimiento de los trámites legales, reglamentarios y estatutarios que se deban surtir al interior de la entidad pública y de la corporación para el efecto.

Habida cuenta de lo expuesto hasta el momento, conviene presentar una conclusión respecto de los diferentes asuntos tratados, que encamine las respuestas a los interrogantes formulados en la consulta.

9. Conclusión

La Nación–Ministerio de Defensa o la entidad estatal que sea titular de bienes o derechos de propiedad industrial o de bienes inmuebles podrá aportarlos al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (Coldatec), de conformidad con lo establecido por las normas aplicables y por los estatutos sociales referidos, en tanto que:

- La Corporación de Alta Tecnología para la Defensa fue creada como una persona jurídica sin ánimo lucro, por cinco entidades estatales, las cuales detentan la condición de miembros fundadores;

- de acuerdo con lo ordenado por el Código Civil (artículo 635, inciso 2), las “corporaciones de derecho público” no se rigen por las disposiciones comprendidas en este cuerpo legal, sino por las normas especiales que para tal efecto se expidan;

- la norma especial dispuesta para las personas jurídicas sin ánimo de lucro en las cuales participa el Estado para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías es el decreto ley 393 de 1991;

- el decreto ley 393 de 1991, ordena que la normatividad aplicable a las personas jurídicas referidas corresponde a “las normas pertinentes del Derecho Privado” (artículo 5);

- la Ley 489 de 1998 considera tales corporaciones como entidades descentralizadas indirectas, las cuales se encuentran sometidas a las disposiciones previstas en el Código Civil y a las normas que corresponden a las entidades de este género (artículo 95, inciso 2).

- en el mismo sentido, los Estatutos Sociales de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa definen que se encuentra sujeta al Decreto 393 de 1991 y a los artículos 633 y subsiguientes del Código Civil (artículo 2° de los Estatutos Sociales);

– así, el decreto ley 393 de 1991 prescribe que los aportes a las personas jurídicas mencionadas podrán ser realizados en especie y que podrán consistir, entre otros bienes, en inmuebles, patentes, registros de propiedad industrial (artículo 3);

– el Ministerio de Defensa es uno de los miembros fundadores de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, y al momento de su constitución hizo aportes al patrimonio en dinero, en especie y en industria (artículo 9° de los Estatutos Sociales);

– el Ministerio de Defensa es el titular de patentes de invención, patentes de modelo de utilidad, registros de diseños industriales, los cuales, en su condición de bienes fiscales, previo cumplimiento de los trámites internos a que haya lugar en el Ministerio de Defensa y en la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, pueden constituir aportes en especie al patrimonio de esta última, en condición de recursos adicionales (artículo 10 de los Estatutos Sociales; artículo 10 de la Ley 1753 de 2015);

– una vez que la entidad estatal titular de los bienes o derechos de propiedad industrial los haya aportado al patrimonio de la persona jurídica sin ánimo de lucro a título de transferencia o enajenación, perderá su dominio sobre ellos, sin que exista ninguna posibilidad legal de que no hagan parte de la prenda general de los acreedores de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa;

– cuando los bienes o derechos de propiedad industrial ingresen al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, será esta persona jurídica sin ánimo de lucro la titular de las patentes y de los registros y podrá celebrar los contratos de licencia que resulten necesarios para su explotación con otros sujetos de derecho, de conformidad con las normas legales y con los textos contractuales correspondientes (artículo 6° de los Estatutos Sociales);

– La Nación–Ministerio de Defensa, por mandato legal, tiene el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita respecto de los derechos o bienes de propiedad industrial que haya transferido al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (artículo 10 de la Ley 1753 de 2015);

– la Nación–Ministerio de Defensa, previo cumplimiento de los trámites legales, reglamentarios y estatutarios que se deban surtir al interior de la entidad pública y de la corporación, podrá aportar inmuebles de su propiedad al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, siempre y cuando no se encuentren comprendidos en la categoría de inmuebles que deben ser enajenados a Central de Inversiones (CISA) (artículo 163 de la Ley 1753 de 2015; artículo 2.5.2.1. del Decreto 1068 de 2015).

LA SALA RESPONDE:

1. *¿La nación – Ministerio de Defensa Nacional como titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la baliza descrita en líneas precedentes, podría transferírselos, a título de aporte de capital en especie a Codaltec bajo el amparo de lo preceptuado en el artículo 3° del decreto ley 393 de 1991?*

Sí. La nación–Ministerio de Defensa, en su condición de miembro fundador de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, previo cumplimiento de los trámites legales, reglamentarios y estatutarios, tanto del ministerio como de la corporación, puede aportar al patrimonio de esta persona jurídica sin ánimo de lucro, a título de recursos adicionales, sus bienes fiscales consistentes en derechos de propiedad industrial, como patentes de invención, patentes de modelo de utilidad y registros de diseños industriales, los cuales tendrán la naturaleza de aporte en especie. El aporte consistirá en la transferencia o enajenación de los derechos de propiedad industrial, caso en el cual la corporación asumirá la condición de titular de la patente o del registro.

La nación–Ministerio de Defensa, por mandato legal, tiene el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita respecto de los derechos o bienes de propiedad industrial que haya transferido al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (artículo 10 de la Ley 1753 de 2015).

2. ¿La nación – Ministerio de Defensa Nacional y, en general, una entidad pública, podría transferirle a cualquier corporación de la que forme parte, pública o mixta, y cuyo objeto sea el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, a título de aporte, v. gr., dinero, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos o inmuebles, entre otros?

Sí. De conformidad con lo expuesto en la respuesta anterior y en este concepto, una entidad pública podría transferir a una corporación de la que forme parte, y que se encuentre regida por el decreto ley 393 de 1991, a título de aporte en dinero o en especie, los bienes o derechos que resulten necesarios para el cumplimiento de su objeto, previo cumplimiento de los trámites legales, reglamentarios y estatutarios, tanto de la entidad aportante como de la corporación adquirente.

3. ¿La nación u otra entidad pública, puede transferirle a título de aporte, un inmueble a cualquier corporación de la que forme parte, sean de naturaleza pública o mixta?

Sí. En el caso en el cual el inmueble de propiedad de una entidad estatal se requiera para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 163 de la Ley 1753 de 2015 y en el artículo 2.5.2.1 del Decreto 1068 de 2015, la entidad no estará obligada a transferirlo a Central de Inversiones (CISA) y podrá aportarlo al capital de una corporación.

En ese sentido, la nación–Ministerio de Defensa estaría habilitada para aportar un inmueble de su propiedad al patrimonio de una asociación como la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, previo cumplimiento de los trámites legales, reglamentarios y estatutarios que se deban surtir en la entidad pública y en la corporación para el efecto.

4. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que las corporaciones que desarrollan ACTIS, públicas o mixtas, son entidades descentralizadas de segundo nivel, y por ende, su naturaleza jurídica corresponde a la de una entidad estatal cuya actividad se rige por el derecho privado, de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del decreto ley 393 de 1991, se pregunta: ¿Teniendo en cuenta que las personas jurídicas así creadas son de naturaleza pública o mixta, el hecho de que su régimen de funcionamiento se inscriba en

el derecho privado ofrece alguna dificultad para efectuar los aportes mencionados a la luz del artículo 355 de la Constitución Política, o, por el contrario tal situación es irrelevante?

En relación con la prohibición existente en el artículo 355 de la Constitución Política, no existe ninguna dificultad para que dentro del marco de la regulación del decreto ley 393 de 1991, se efectúen aportes al patrimonio de las personas jurídicas de naturaleza pública o mixta que obran de conformidad con el derecho privado.

De acuerdo con lo dispuesto en las sentencias C-372 de 1994, C-316 de 1995 y C-506 de 1994, en el caso específico del decreto ley 393 de 1991, la Corte Constitucional concluyó que no se configuraba la prohibición contenida en el artículo 355 superior, puesto que se trata de una concreta modalidad de destinación de los recursos públicos para la atención de una actividad específica de carácter público identificada en la Constitución y en la ley, con la participación de los particulares, esto es, el fomento a la investigación, la ciencia y la tecnología.

En otras palabras, los aportes que dentro del marco descrito en este concepto, en relación con las actividades reguladas por el decreto ley 393 de 1991, entreguen las entidades públicas a las asociaciones de naturaleza pública o mixta no infringen el artículo 355 de la Constitución Política.

5. La transferencia de dinero, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos o inmuebles a título de aporte que realice el Ministerio de Defensa Nacional a una corporación pública o mixta, cuyo objeto sea el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, forman parte del patrimonio de la Corporación y por tanto prenda general de los acreedores. ¿Es viable jurídicamente consignar una cláusula de reserva que permita excluir de esta condición el aporte realizado?

No. Habida cuenta de que la consulta hace referencia específica a la transferencia o enajenación a favor de la corporación de bienes de propiedad de uno de sus miembros, la Sala responde que solo la ley puede excluir del patrimonio de una persona natural o jurídica un bien o cosa determinada para que no haga parte de la prenda general de los acreedores.

Sin perjuicio de lo anterior, previo a la transferencia del aporte, con la diligencia y cuidado que son exigibles a las entidades estatales en tratándose de recursos públicos, deben existir las previsiones relacionadas con la valoración, aportación, destinación específica, uso y transferencia del bien aportado, para cuya instrumentación, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se podrán emplear diferentes esquemas negociales.

Lo anterior, con el fin de salvaguardar los fines buscados por la entidad estatal, la destinación específica de los aportes y la naturaleza de bien fiscal. Para el efecto, tendrá la libertad de pactos y, si es el caso, de acordar la reforma de los estatutos sociales necesaria que asegure sus objetivos. Así, entre otras figuras de carácter típico o atípico que resultaren lícitas conforme al orden público y las buenas costumbres es procedente la condición de constitución del patrimonio autónomo que surge de la fiducia mercantil o la aportación del bien o derecho a título de usufructo.

Transcríbase al Señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia 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.

4. Concurrencia para el pago del pasivo prestacional del Sector Salud. Crédito judicialmente reconocido en la ley de apropiaciones. Potestad reglamentaria.

Radicado 2089

Fecha: 21/03/2012

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 28 de marzo de 2016

El señor ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre la manera de distribuir el monto remanente del pasivo prestacional causado al 31 de diciembre de 1993, en las entidades de salud de naturaleza pública.

I. Antecedentes

Explica el señor ministro que la ley 60 de 1993 creó el Fondo Nacional del Pasivo Prestacional del Sector Salud y estableció los mecanismos para que la Nación y las entidades territoriales concurren al pago de las obligaciones causadas al 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores de las entidades del sector, en cuya financiación haya participado el Estado.

Anota que el decreto 530 de 1994 –reglamentario de la Ley 60 de 1993– estableció que la concurrencia se definía de acuerdo con la participación porcentual de cada entidad financiadora en el presupuesto de la entidad hospitalaria entre 1989 y 1994, de manera que si la suma de las participaciones es inferior al ciento por ciento, debido a que la institución generó en ese período recursos propios, habrá siempre un faltante que debe ser financiado mediante algún mecanismo diferente a los aportes de los concurrentes. Agrega que el empleador debe atender toda obligación laboral que se hubiere causado en su cabeza, sin perjuicio de la obligación de concurrencia a cargo de terceras entidades, por cuanto la ley no cambió el sujeto pasivo de la obligación laboral.

Pone de presente que la Ley 715 de 2001 suprimió el Fondo del Pasivo y trasladó la responsabilidad financiera al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que quedó encargado del giro de los recursos de acuerdo con los convenios de concurrencia que para el efecto se suscriban.

Precisa que el decreto reglamentario 306 de 2004 desarrolló la ley antes citada y dispuso que *“las instituciones públicas de salud beneficiarias deberán concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que, con recursos propios, participaron en su propia financiación”*.

Empero, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de octubre de 2010 decretó la nulidad parcial de la expresión *“y las instituciones hospitalarias concurrentes”*, contenida en algunos artículos del decreto 306 de 2004, bajo el argumento de que el Gobierno

carecía de competencia para incluir a las “*instituciones hospitalarias*” como responsables de la obligación del pasivo prestacional objeto de la concurrencia.

En este punto, manifiesta el ministro que de la lectura atenta de la providencia se desprende que la expresión declarada nula solo se encuentra en el literal d) del artículo 3° del decreto, puesto que los incisos 3 y 4 del numeral 1 del artículo 7° únicamente se refieren a “*instituciones públicas*”, mientras que el artículo 10 se refiere de manera genérica a “*instituciones de salud*”, en relación con una obligación legal al parecer indefinida e independiente a la concurrencia, y que el artículo 11 se dirige a las “*instituciones públicas de salud*”, tanto en su condición de beneficiarias de la concurrencia como de eventuales partícipes en el pago del pasivo, si a ello hubiere lugar.

Acusa que la situación descrita genera inquietudes al Gobierno, porque no existe la claridad requerida para adoptar una decisión administrativa que permita atender una obligación financiera adicional a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, ni entender cómo se distribuye el saldo del pasivo no financiado con la concurrencia.

Finalmente hace referencia a las leyes 1438 y 1450 de 2011, para efectos de indagar si las mismas modificaron en alguna medida los efectos de la sentencia del Consejo de Estado, tema que será objeto de análisis en la parte final de este concepto. Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

a) ¿Debe entenderse para todos los efectos que la expresión “instituciones hospitalarias” contenida en la parte resolutoria del fallo citado es asimilable a toda institución pública, privada o indefinida de salud beneficiaria de la concurrencia?

b) Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo expuesto previamente resulta un porcentaje no financiado con la concurrencia ¿debe entenderse que la sentencia referida dispone que dicho monto se distribuye entre los concurrentes? ¿constituye la sentencia un título jurídico suficiente para presupuestar dicha obligación en los términos del artículo 346 de la Constitución Política, tanto para la nación como para las entidades territoriales?

c) Si la respuesta a la anterior pregunta fuese positiva, ¿debe realizarse la distribución del monto remanente con el mismo mecanismo proporcional establecido para el resto del pasivo?

d) ¿Las leyes 1438 y 1450 modifican en alguna medida los efectos de la citada sentencia de la Sección Segunda?

e) En vista de las limitaciones a la potestad reglamentaria señaladas en la sentencia de la Sección Segunda, ¿tendría el Gobierno nacional facultad para expedir una norma que establezca las reglas para la distribución del monto remanente teniendo en cuenta los criterios señalados por la Sala de Consulta?”

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) la sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado del 21 de octubre de 2010, ii) la distribución del porcentaje no financiado a

través del principio de concurrencia, iii) la relación entre el fallo antes referido y lo dispuesto por las leyes 1438 y 1450 de 2011 y iv) el establecimiento de reglas, a través de la potestad reglamentaria, para la distribución del monto remanente.

A. La sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 21 de octubre de 2010

Analizó como problema jurídico *“la extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno nacional con la expedición del decreto demandado, al modificar la Ley 715 de 2.001 (sic) radicando la carga del pasivo prestacional de los servidores del sector salud no solo en la Nación, sino en las instituciones hospitalarias, en forma concurrente”*.

Consideró la sentencia que la ley 60 de 1993 dispuso que la responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional estaba en cabeza de la Nación y de las entidades territoriales y que la ley 715 de 2001, al suprimir el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud, estableció que la nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se haría cargo de los recursos, dando aplicación a los procedimientos del Fondo, respetando la manera en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo pensional, la forma de su cálculo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse, es decir, el procedimiento fijado por la Ley 60 de 1993.

Encontró que la expresión demandada modificó la voluntad del legislador, al incluir a las *“instituciones hospitalarias”* como sujetos obligados al pago del pasivo prestacional en forma concurrente y explicó:

“Es decir, es clara la norma al señalar, que a pesar de que la seguridad social, comprendida en ellas las pensiones, sean compartidas con las instituciones de salud, esta no radicó en ningún momento la carga prestacional en dichas entidades, pues la misma Ley determinó que correspondía al Fondo, el pago de la diferencia que se encuentre a cargo de las entidades de salud, teniendo este la responsabilidad (Nación- Entidades Territoriales) y en ningún momento las instituciones de salud, pues la misma Ley las excluye de dicha responsabilidad. (...)

Con el Decreto demandado se modificó esta responsabilidad financiera al establecer en su artículo 7º “Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones beneficiarias públicas y/o privadas, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, se seguirán los siguientes parámetros...”

Modificación que consiste en incluir a estas instituciones hospitalarias, obligándolas a concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que con recursos propios, participaron en su propia financiación, sin tener en cuenta la exclusión de responsabilidad financiera realizada por la Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Una segunda modificación se evidencia en los artículos 10 y 11 del Decreto demandado pues a pesar de que el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 en su parágrafo 5 determina: “... Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a

que estén obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el fondo prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades territoriales en los términos previstos en la Ley 60 de 1993...”, estos artículos determinan la continuación de dicha obligación con posterioridad al cruce de cuentas señalado en la Ley 100 de 1993.

Afirmó que el Gobierno nacional desbordó su ámbito de competencia, toda vez que la ley 715 de 2001 es una ley orgánica y en tal virtud, únicamente el legislador puede realizar la modificación censurada y no el ejecutivo en ejercicio de la facultad reglamentaria del artículo 189 -11 de la Constitución Política.

Concluyó que al incluirse las “*instituciones hospitalarias*” como responsables financieras en forma concurrente del pasivo prestacional del sector salud, se modificó sustancialmente la ley reglamentada.

Finalmente la sentencia dispuso:

“1º. DECRÉTASE la nulidad parcial de la expresión “*y las instituciones hospitalarias concurrentes*” contenida en el literal d) artículo 3º, en los incisos 3º y 4º del numeral 1 del artículo 7º y en los artículos 10 y 11 del Decreto 306 de 2.004, expedido por el Gobierno nacional por las razones expuestas en la parte resolutive de esta providencia”.

Encuentra la Sala que la expresión declarada nula –y las instituciones hospitalarias concurrentes– solo aparece textualmente en el literal d) del artículo 3º del decreto objeto del control, más no en los demás apartes y artículos enunciados en la parte resolutive de la sentencia, razón por la cual corresponde desentrañar las razones que esta pudo tener para incluir dichas disposiciones en su decisión de nulidad. Dicen los mencionados textos del decreto 306 del 2004:

Artículo 7º: “*Régimen de concurrencia. Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones beneficiarias públicas y/o privadas, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, se seguirán los siguientes parámetros:*

1. Instituciones públicas

A las instituciones del orden territorial, la nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, les contribuirá en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en el total de la financiación de la respectiva institución de salud, durante los cinco años anteriores a 1994.

El departamento y el municipio y/o los distritos en donde esté localizada la institución de salud deberán concurrir en la proporción en que participaron sus rentas de destinación especial para salud, en el total de la financiación de la institución durante los cinco años anteriores a 1994, lo cual será definido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, las instituciones públicas de salud beneficiarias deberán concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que, con recursos propios, participaron en su propia financiación. En todo caso el porcentaje que queda a cargo de la Institución también deberá quedar especificado en el convenio de tal manera que se garantice la totalidad de la financiación del pasivo prestacional. Para la determinación de la concurrencia el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá tener en cuenta el total del financiamiento de la institución de salud beneficiaria entendido este como el conjunto de recursos conformado por el situado fiscal, las rentas de los entes territoriales de destinación especial para salud incluyendo las cedidas, y los recursos propios de la institución beneficiaria durante los 5 últimos años anteriores al 1° de enero de 1994”.

Artículo 10: “Obligaciones de las instituciones de salud. Las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones de sus trabajadores, en los términos del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, hasta cuando se suscriba el convenio de concurrencia que establecerá el mecanismo para la financiación del pasivo prestacional causado hasta el 31 de diciembre de 1993, sin perjuicio de que se deba continuar presupuestando y pagando lo causado a partir de dicha fecha con cargo en su integridad a la entidad empleadora”. (Resalta la Sala).

Artículo 11: “Contratos de concurrencia. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público al revisar los contratos de concurrencia en ejecución y suscribir los nuevos contratos según lo establecido en la ley, determinará la concurrencia para la colaboración a las instituciones públicas de salud a cuyo cargo esté el pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993, que fueron reconocidas como beneficiarias del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, de conformidad con las ejecuciones presupuestales de cada institución de los últimos cinco (5) años anteriores al 1° de enero de 1994, tal como lo señala el presente decreto.

Establecida la responsabilidad financiera de cada una de las entidades participantes se firmarán los contratos de concurrencia entre la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los entes territoriales que participan en el pago del pasivo y las instituciones de salud públicas o privadas cuando a ello hubiere lugar.

Parágrafo. El giro de los recursos de la concurrencia a cargo de la Nación estará sujeto al cumplimiento de las obligaciones de las entidades que suscriben el contrato; en consecuencia, la nación podrá abstenerse de girar los recursos correspondientes a su concurrencia cuando se establezca que las demás entidades concurrentes no han cumplido con las obligaciones de giro.

Adicionalmente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá comprobar la afiliación del personal activo de las instituciones a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, Fondo Nacional de Ahorro y a las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones de conformidad con la Ley 100 de 1993, en la medida que la Nación solo puede girar su concurrencia teniendo en cuenta la normatividad que rige cada uno de los sistemas: el sistema pensional y el de cesantías”. (Subraya la Sala).

El análisis de estos tres artículos permite a la Sala concluir que a pesar de que no contienen literalmente la expresión declarada nula, sí imponían a las instituciones de salud la obliga-

ción de concurrir al pago del pasivo prestacional, carga que el Consejo de Estado consideró ilegal por contrariar la norma reglamentada, al imponer a las entidades hospitalarias una obligación que la ley 715 radicó solo en cabeza de la nación y las entidades territoriales.

Para la Sala son entidades hospitalarias para efectos del fallo analizado, las instituciones públicas y privadas de acuerdo a la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, como se aprecia de la atenta lectura del aparte del pronunciamiento que se transcribe a continuación:

*“Con el Decreto demandado se modificó esta responsabilidad financiera al establecer en su artículo 7º “Para determinar la responsabilidad que asumirán la nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional **de las instituciones beneficiarias públicas y/o privadas, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, se seguirán los siguientes parámetros...**”*

Modificación que consiste en incluir a estas instituciones hospitalarias, obligándolas a concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que con recursos propios, participaron en su propia financiación, sin tener en cuenta la exclusión de responsabilidad financiera realizada por la Leyes 60 de 1993 y 715 de 2.001”. (Subraya fuera del texto.

En tal medida, según la providencia, las instituciones hospitalarias públicas y privadas no son responsables financieras como concurrentes frente al pasivo pensional del sector salud causado a 31 de diciembre de 1993.

B. La distribución del porcentaje no financiado a través del principio de concurrencia

Partiendo de la base de que para el ministro hay un porcentaje no financiado a través del principio de la concurrencia, se pregunta si la sentencia referida *“dispone que dicho monto se distribuye entre los concurrentes”,* y si *“constituye título jurídico suficiente para presupuestar dicha obligación”,* tanto por parte de la nación como por las entidades territoriales.

En este punto llama la atención que el actor demandó la nulidad parcial del decreto 306 de 2004 al considerar que el Gobierno nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria al incluir a las instituciones hospitalarias como responsables en calidad de concurrentes para el pago del pasivo prestacional del sector salud causado al 31 de diciembre de 1993.

Como ese fue el cargo planteado, la sentencia se limitó a establecer que según la Ley 715 de 2001 los obligados a concurrir al pago del mencionado pasivo prestacional son la Nación y las entidades territoriales y que el reglamento no podía adicionalmente asignar dicha carga a las instituciones hospitalarias.

En síntesis, nada dispuso el fallo sobre la manera en que se financiarían los montos remanentes que pudieren existir, entre otras cosas porque según el decreto 306, ese saldo debía ser pagado por las entidades hospitalarias y, el Consejo de Estado al decretar la nulidad de la expresión *“instituciones hospitalarias concurrentes”,* de alguna manera está reiterando lo

dispuesto por la ley en el sentido de que solo la nación y las entidades territoriales concurren al pago de dicho pasivo.

Ahora bien, también pregunta el ministro si en los términos del artículo 346 de la Constitución, la sentencia constituye un título suficiente para presupuestar la obligación de pago tanto por la nación como por las entidades territoriales.

El artículo 346 de la Constitución Política en su aparte pertinente dispone:

“En la Ley de Apropiações no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo”.

Para la Sala, de acuerdo con la rigidez que según la Constitución y la ley debe guiar la elaboración y ejecución del presupuesto, es claro que la obligación que tienen la Nación y las entidades territoriales para presupuestar las partidas necesarias para el pago concurrente del pasivo prestacional, no surge de la sentencia sino de las normas legales vigentes al respecto. Puesto que la sentencia no dispone la forma de distribución de los montos entre quienes concurren al pago del pasivo, lógico es que no constituye título alguno para la presupuestación del mismo.

C. La relación entre el fallo antes referido y lo dispuesto por las Leyes 1438 y 1450 de 2011

Para resolver el problema planteado, la Sala, además de recordar, como se explicó en el punto A de este concepto, que la sentencia se limitó a analizar el problema jurídico originado por la extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno nacional, con la expedición del Decreto 306 de 2004, de todas maneras considera necesario indagar hasta qué punto le asiste razón al señor ministro al considerar la posibilidad de que las leyes 1438 y 1450 de 2011 hubiesen modificado los efectos de la citada sentencia.

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”* dispuso en su artículo 78:

“PASIVO PRESTACIONAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO E INSTITUCIONES DEL SECTOR SALUD. En concordancia con el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito público y los entes territoriales departamentales firmarán los contratos de concurrencia y cancelarán el pasivo prestacional por concepto de cesantías, reserva para pensiones y pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sustituciones pensionales, causadas en las instituciones del sector salud públicas causadas al finalizar la vigencia de 1993 con cargo a los mayores recursos del monopolio de juegos de suerte y azar y del fondo pensional que se crea en el Proyecto de Ley de Regalías.

PARÁGRAFO. Concédase el plazo mínimo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para que las entidades territoriales y los hospitales públicos le su-

ministren al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la información que le permita suscribir los convenios de concurrencia y emitan los bonos de valor constante respectivos de acuerdo a la concurrencia entre el Gobierno nacional y el ente territorial departamental. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo será sancionado como falta gravísima.

Con esto se cumplirá con las Leyes 60 y 100 de 1993 y 715 de 2001 que viabilizan el pago de esta deuda que no es responsabilidad de las ESE, pues ellas no tenían vida jurídica antes de diciembre de 1993. En ese entonces eran financiados y administrados por los departamentos y el Gobierno nacional”. (Negrilla fuera del texto)

La Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014” dispuso en su artículo 152:

“PLAN PLURIANUAL NACIONAL DE UNIVERSALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN EN SALUD. El Gobierno nacional en cabeza del Ministerio de la Protección Social y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá los criterios y términos del Plan Plurianual Nacional de universalización y unificación que permita la unificación de planes de beneficios de manera progresiva y sostenible, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

*(...) d) El efecto de las medidas contempladas en dicho plan sobre el financiamiento de la red pública de prestadores de servicio de salud y las **obligaciones financieras de estas instituciones hospitalarias para el pago de sus pasivos prestacionales según lo ordenado por la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001**”. (Negrilla fuera del texto).*

Anota la Sala que ninguna de las dos normas transcritas prevé que las instituciones hospitalarias sean responsables financieras como concurrentes frente al pasivo prestacional del sector salud, causado a 31 de diciembre de 1993.

En efecto, el artículo 78 de la ley 1438 de 2011 reitera que la nación y los entes territoriales deben suscribir los contratos de concurrencia y cancelar el pasivo prestacional, y para ello los hospitales públicos deberán suministrar la información correspondiente.

Por su parte, el artículo 152 literal d) de la Ley 1450 de 2011, al referirse a las obligaciones financieras de las instituciones hospitalarias para el pago de sus pasivos prestacionales, remite a las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, normativa que según la Sección Segunda de esta Corporación no contempla en cabeza de las instituciones hospitalarias la obligación de concurrir al pago del pasivo prestacional de las entidades del sector salud, causado al 31 de diciembre de 1993. En suma, las leyes 1438 y 1450 de 2011 no modificaron los efectos del fallo dictado el 21 de octubre de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

D. El establecimiento de reglas, a través de la potestad reglamentaria, para la distribución del monto remanente

La ley 715 de 2001 en el artículo 61 suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y dispuso que en adelante la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se hará cargo del giro de los recursos de acuerdo con los convenios de concurrencia.

Por otra parte, el artículo 62 *ibídem* ordena que para efectos de ejecución de los convenios de concurrencia se continuarán aplicando los procedimientos del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, la forma en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse.

Es así que el artículo 33 numeral 3 de la ley 60 de 1993 aplicable por disposición expresa de la ley 715¹, prevé:

“La responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional de los servidores de las entidades o dependencias identificadas en el numeral 2, reconocida en los términos de la presente ley, se establecerá mediante un reglamento expedido por el gobierno nacional que defina la forma en que deberán concurrir la nación y las entidades territoriales, para cuyo efecto se tendrá en cuenta la proporción en que han concurrido los diversos niveles administrativos a la financiación de las entidades y dependencias del sector salud de que trata el presente artículo, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades.” (Resalta la Sala).

De la anterior disposición se desprende con claridad que el Gobierno nacional puede, en ejercicio de su potestad reglamentaria, establecer la forma en que deberán acudir la nación y las entidades territoriales para el pago del pasivo prestacional, aunque con limitaciones relacionadas con la manera en que debe distribuirse el monto remanente, ya que para ello requiere tener en cuenta la proporción en que la Nación y las entidades territoriales venían contribuyendo a la financiación de las entidades del sector salud, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades.

Sobre los alcances de la potestad reglamentaria, dice la sentencia en mención:

“La potestad reglamentaria como lo ha sostenido esta Corporación² no puede emplearse para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esa potestad; cuando así se procede, es claro que se configura una violación al ordenamiento constitucional, precisamente en la norma que reconoce la competencia (artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política), además de la Ley que es objeto de regulación, ya que no le es posible al Gobierno nacional, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúen la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva pues de lo contrario esta quedaría escrita pero no tendría efectividad.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia³ la función que cumple el gobierno con el poder reglamentario, es la complementación de la ley, en la medida en que se trata de una actualización

1 La sentencia de la Sección Segunda del 21 de octubre de 2010 que declaró la nulidad parcial del decreto 306 de 2004 admite expresamente que “la Ley 715 de 2.001, dispuso en su artículo 62 aplicar el procedimiento establecido en la Ley 60 de 1.993”

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Martha Sofía Sanz Tobón, Sentencia de 25 de octubre de 2.007, Número Interno 11001-03-24-000-2004-00109-01, Actor: Gustavo Gallón Giraldo.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 1992, Referencia , RE 007, 15 de octubre de 1992

y enfoque a las necesidades propias para su eficaz ejecución y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene”.

LA SALA RESPONDE:

a) ¿Debe entenderse para todos los efectos que la expresión “instituciones hospitalarias” contenida en la parte resolutive del fallo citado es asimilable a toda institución pública, privada o indefinida de salud beneficiaria de la concurrencia?

Según la parte resolutive del fallo citado como referencia para este concepto, la expresión “instituciones hospitalarias” se refiere a las instituciones públicas y privadas de salud, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993.

b) Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo expuesto previamente resulta un porcentaje no financiado con la concurrencia ¿debe entenderse que la sentencia referida dispone que dicho monto se distribuye entre los concurrentes? ¿constituye la sentencia un título jurídico suficiente para presupuestar dicha obligación en los términos del artículo 346 de la Constitución Política, tanto para la Nación como para las entidades territoriales?

La sentencia del 21 de octubre de 2010 que anuló parcialmente el decreto 306 de 2004, dictada en el proceso 2005-00125, no puede ser considerada como un título jurídico para efectos de presupuestar una obligación a cargo de la Nación y las entidades territoriales en lo que al monto del pasivo respecta, ni para la distribución entre los concurrentes del porcentaje no financiado, puesto que no se pronuncia sobre estos temas. Para efectos de presupuestar dichas obligaciones debe estarse a lo dispuesto por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 y, en lo pertinente, el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

c) Si la respuesta a la anterior pregunta fuese positiva, ¿debe realizarse la distribución del monto remanente con el mismo mecanismo proporcional establecido para el resto del pasivo?

Como la respuesta a la anterior pregunta es negativa, la Sala se encuentra relevada de responder.

d) ¿Las leyes 1438 y 1450 modifican en alguna medida los efectos de la citada sentencia de la Sección Segunda?

Como se explicó en el capítulo de consideraciones, las leyes 1438 y 1450 no modifican los efectos de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado dictada el 21 de octubre de 2010 en el proceso 2005-00125.

e) En vista de las limitaciones a la potestad reglamentaria señaladas en la sentencia de la Sección Segunda, ¿tendría el Gobierno nacional facultad para expedir una norma que establezca las reglas para la distribución del monto remanente teniendo en cuenta los criterios señalados por la Sala de Consulta?”

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y por mandato del artículo 3, numeral 3 de la ley 60 de 1993, aplicable por disposición expresa de la ley 715 de 2001, el Gobierno nacional tiene la facultad de expedir normas reglamentarias para distribuir el saldo no financiado, para lo cual requiere tener en cuenta la proporción en que la Nación y las entidades territoriales venían contribuyendo a la financiación de las entidades del sector salud, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades.

Remítase 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 Huertas, Secretaria de la Sala.

5. Cobro coactivo de obligaciones a favor del Fonpet.

Radicado 2084

Fecha: 09/08/2012

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 16 de agosto de 2016

El Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre el cobro coactivo de los aportes que las entidades públicas deben realizar al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet), de acuerdo con ley 549 de 1991.

I. Antecedentes

El Ministerio consultante señala como antecedentes de la consulta lo siguiente:

El Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet) es un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de patrimonios autónomos constituidos contractualmente en administradoras de fondos de pensiones y cesantías, en sociedades fiduciarias y en compañías de seguros de vida facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionales.

El manejo de los recursos se realiza en cuentas individuales para cada entidad territorial con el fin de garantizar el pago de sus respectivos pasivos pensionales, de acuerdo con el artículo 7° de la ley 549 de 1999.

Los recursos del Fondo pueden provenir de tres fuentes: (i) de recursos propios de las mismas entidades territoriales; (ii) de recursos girados por el Ministerio de Hacienda a las entidades territoriales, caso en el cual el Ministerio se los descuenta y los gira directamente al Fonpet; y (iii) de otras entidades del orden nacional obligadas a girar directamente los recursos al Fonpet por concepto de regalías y explotación del Loto Único Nacional.

Señala el organismo consultante que cuando no se realizan los giros por las entidades responsables, se incurre en una falta disciplinaria gravísima, además de que el Ministerio puede ejercer jurisdicción coactiva para asegurar el respectivo recaudo.

El valor de lo adeudado por parte de las entidades territoriales lo determina la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (DRESS) haciendo un cruce de cuentas con base en información suministrada por otras dependencias o entidades por algunas fuentes de recursos que trata el artículo 2° de la ley 549 de 1999, tomando como fecha de corte el decimoquinto día hábil del mes de enero de la vigencia fiscal siguiente a aquella en que se efectuaron los recaudos por parte de las entidades territoriales.

En cuanto al valor de lo adeudado por parte de las entidades del orden nacional a favor del Fonpet, el organismo consultante señala que cada una de las entidades recaudadoras es responsable de la determinación y giro de las cuantías que le corresponden.

Sin embargo, se indica también que se han presentado algunas dificultades para garantizar el recaudo de los recursos del Fonpet, dado que algunos aspectos del cobro coactivo no estarían muy claros, como es el hecho de que las entidades territoriales puedan a la vez ser deudoras y acreedoras de los recursos del fondo, o el hecho de que la ley 549 de 1999 no señale expresamente que tal facultad coactiva puede ejercerse también sobre las entidades del orden nacional que incumplan con las respectivas transferencias. Además, existen dudas de cómo puede constituirse el título ejecutivo que serviría de base al cobro coactivo.

Por lo anterior, se formulan a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Cómo debe la nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su calidad de administradora del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet, dar cumplimiento al inciso tercero del artículo 10 de la Ley 549, para realizar cobro coactivo contra las entidades territoriales que no hayan realizado los aportes a que están obligadas por las Leyes 549 de 1999, 715 de 2001 y 863 de 2003, teniendo en cuenta que dichas entidades son a la vez las titulares de las cuentas que se acumulan en el Fonpet para el pago de sus respectivas obligaciones pensionales, confundiendo en las entidades territoriales las calidades de deudoras y acreedoras?”

2. ¿El título ejecutivo con el cual la nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público puede llevar a cabo el cobro contra todas las entidades que conforme a la ley deben realizar aportes al Fonpet, puede consistir en la liquidación que realice el propio Ministerio de acuerdo con las diferentes fuentes de información internas y externas que le indique la ley y aquellas de que disponga?”

3. ¿Son aplicables las mismas consideraciones realizadas previamente para el cobro coactivo a las entidades públicas del orden nacional que no hayan realizado los aportes a que están obligadas por las Leyes 549 de 1999, 715 de 2001 y la 863 de 2003, a pesar de que la ley no las haya mencionado expresamente? De ser negativa la respuesta, ¿cómo puede el Ministerio proceder a realizar el cobro de estas obligaciones?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

A. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes, los problemas jurídicos a resolver se pueden resumir de la siguiente manera:

i) Si es posible ejecutar coactivamente a las entidades territoriales que no hayan realizado sus aportes al Fonpet o si ello se torna imposible bajo la consideración de que en ellas mismas se confunden las calidades de deudoras y acreedoras de los recursos del Fonpet;

ii) Si se pueden iniciar procesos de cobro coactivo a las entidades del orden nacional que le adeudan aportes al Fonpet a pesar de que el artículo 10 de la Ley 549 de 1999 no mencione expresamente esa posibilidad; y

iii) Si sirve como título ejecutivo de cobro la liquidación que realiza el propio Ministerio de las obligaciones a favor del Fonpet.

Pasa entonces la Sala a analizar en su orden cada uno de estos problemas jurídicos.

B. La naturaleza jurídica de los recursos del Fonpet - Posibilidad de asegurar el cobro de obligaciones debidas por las entidades territoriales

Como se recuerda¹, la Ley 549 de 1999, por la cual “se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional”, tiene como antecedente inmediato los graves problemas de planeación y financiación que enfrentaban las entidades territoriales para pagar las pensiones de sus empleados y trabajadores:

“La gran mayoría de las entidades territoriales no cuenta con cálculos actuariales detallados, ni han desarrollado mecanismos para generar las reservas necesarias para cumplir con sus obligaciones pensionales.

“Desafortunadamente la desactualización y muchas veces inexistencia de las historias laborales que debían llevar las entidades territoriales, ha impedido la consolidación de la información necesaria para la elaboración de un cálculo actuarial suficientemente confiable.

“El Gobierno trabaja actualmente en un proyecto de recopilación de las historias laborales que debía llevar las entidades territoriales, apoyando para este fin a las entidades territoriales que son las depositarias de la información (...).

“El pasivo pensional de las entidades territoriales asciende aproximadamente a sesenta y cuatro punto cinco billones de pesos (64.500.000.000.000), esto es el 39% del PIB, y afecta a 468.750 personas, entre trabajadores activos y pensionados (cuadro n.º 1).

“Este pasivo no está cubierto por reservas pensionales, con el agravante que existen departamentos donde es mayor el número de pensionados que el de trabajadores activos”².

Para solucionar esta situación, la ley 549 de 1999 adopta tres medidas esenciales: (i) obliga a las entidades territoriales a calcular, presupuestar y asegurar la cobertura de su pasivo pensional (art. 1º); (ii) determina las fuentes con las que se debe asegurar dicha cobertura, las cuales provienen, entre otros, de los recursos generados por la propia entidad territorial, de sus derechos de participación en las rentas nacionales³ y de un porcentaje de los recursos

1 Concepto 1504 de 2003, M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce; igualmente Concepto 1933 M. P. Enrique José Arboleda Perdomo: “De lo transcrito se infiere que, la solución al problema del pasivo pensional se convirtió en una prioridad una vez el Gobierno nacional reconoció la gravedad de la situación de las entidades territoriales, aún a pesar de lo que ya había contemplado en la Ley 100 de 1993. Para el efecto creó el Fonpet con el fin de ayudarlas a constituir las reservas respectivas, recurriendo a fuentes de financiación provenientes de todos los niveles (nacional, departamental, municipal) hasta alcanzar el cubrimiento de los cálculos proyectados. Lo importante para el legislador era obtener la totalidad de los recursos faltantes, que de no ser así, tanto los derechos de los pensionados y trabajadores, como la estabilidad económica de los departamentos, distritos, municipios y la del mismo Estado se verían afectados”.

2 Exposición de motivos del proyecto de ley publicado en la *Gaceta del Congreso* de la República del 9 de agosto de 1999. Igualmente Sentencia SU-090 de 2000, en la que se estudia el grave problema pensional de las entidades territoriales y los esfuerzos que frente a ello se hacen en la ley 549 de 1999.

3 Art. 78 Ley 715, modificado parcialmente por la Ley 1450 de 2011 “(...) Del total de los recursos de la participación de propósito general asignada a cada distrito o municipio una vez descontada la destinación establecida para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal de que trata el inciso anterior y la asignación correspondiente a los municipios menores de 25.000 habitantes, definida en

que les corresponden por regalías y explotación de juegos de azar (art. 2°); y (iii) crea el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet), para la administración separada e independiente de tales recursos (art. 3°)⁴.

Por tanto, cada entidad territorial debe ahorrar a través del Fonpet una parte de sus recursos, participaciones y derechos de regalías, para cubrir totalmente sus obligaciones en materia pensional y superar el déficit que existe en esa materia.

Ahora, en relación con dicho Fondo, la Ley 546 de 1997 señala que carecerá de personería jurídica y será administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; tendrá como función el **recaudo y la asignación de los recursos** que requieren las entidades territoriales para cumplir sus obligaciones pensionales⁵, sin que ello implique liberarlas de su responsabilidad; y le corresponderá registrar en cuentas separadas para cada entidad aportante, los recursos ahorrados con los cuales se cubrirá el pasivo pensional a su cargo. Señala el artículo 3° de la ley lo siguiente:

“Artículo 3°. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet). Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet), como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley.

En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.

el inciso 3° del artículo 4° del Acto Legislativo 04 de 2007, cada distrito y municipio destinará el ocho por ciento (8%) para deporte y recreación, el seis por ciento (6%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet”. (se resalta)

4 Concepto 1504 de 2003, M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce: Según se lee en los antecedentes de la Ley 549, para cubrir los pasivos pensionales se consideró necesario el esfuerzo conjunto de la Nación y los entes territoriales, mediante el redireccionamiento de recursos o la reasignación de rubros presupuestales, orientados a constituir un ahorro forzado, sin que fuera necesario para ello crear nuevos impuestos, tasas o contribuciones.

5 Concepto 1504 de 2003, M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce: “De esta manera se cumple el recaudo originario de los recursos destinados al Fonpet, los cuales deben ser girados en la forma antes dicha, procedimiento reiterado por el artículo 1° del decreto 1044 de 2000, conforme al cual el Fonpet tiene por objeto, entre otros, recaudar de la nación y de las entidades territoriales los recursos definidos en la ley 549”. (negrilla original).

Frente a este ahorro forzoso que impone la ley 549 de 1999, la Corte Constitucional en Sentencia C-1187 de 2000, desestimó los argumentos relacionados con la posible violación de la autonomía territorial y señaló que la protección de la seguridad social de las personas de la tercera edad, justifica constitucionalmente la intervención del legislador para articular y coordinar los esfuerzos de las diferentes entidades que deben concurrir a ese fin y para establecer la destinación específica de los recursos necesarios para la cobertura de la deuda pensional:

“Debe esta Corte reiterar, por la importancia del asunto a analizar, los planteamientos vertidos en la sentencia SU-090 del 2000, en la cual esta Corporación abordó el tema de los pasivos pensionales de los departamentos y municipios, a propósito del caso del Departamento del Chocó; ello en razón a que el constituyente dispuso, dentro de los postulados del Estado Social de Derecho, la garantía irrenunciable de los trabajadores y pensionados a la seguridad social, conforme al marco constitucional, diseñado en el artículo 48 fundamental, el cual delegó en el legislador la obligación de crear los mecanismos institucionales, presupuestales y organizacionales para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; e igualmente conforme con el artículo 58 superior, tales recursos no pueden destinarse a fines distintos a los previstos para atender los gastos que ocasione la seguridad social.

Esta Corporación en múltiples decisiones ha señalado que la protección al derecho prestacional, en tratándose de los jubilados, no se puede limitar únicamente al reclamo, cuando no haya pago de las correspondientes mesadas para garantizar el mínimo vital, a través de las acciones de tutela, sino que debe extenderse a crear también las condiciones objetivas para que mediante una organización y un adecuado procedimiento, por parte del poder público, se permita la continuación en la prestación de los servicios irrenunciables de la seguridad social, y naturalmente, no se afecte el goce de los derechos prestacionales. Por lo tanto, en opinión de la Corte, el legislador debe tomar medidas para lograr la protección y garantía de la seguridad social de los beneficiarios, como un elemento que concrete los propósitos y postulados de un Estado Social de Derecho”. (Se resalta).

De manera que, como recuerda la Corte Constitucional en la misma sentencia, los recursos recaudados en cumplimiento de la Ley 549 de 1999 tienen una destinación específica y no pueden utilizarse para fines distintos al pago del pasivo pensional territorial; por tal circunstancia, dice, no son de libre disposición por las entidades aportantes:

“Por lo tanto, estima la Corte que los recursos señalados en los numerales 1 a 9 del artículo 2º de la Ley 549 de 1999, imponen una mayor equidad y eficiencia en la asignación de los recursos y permiten la obtención de los fines sociales que comporta la inversión social de carácter territorial, conforme con los principios y valores de un Estado Social de Derecho, pues la reglamentación del uso de las transferencias a los departamentos y municipios, se dirige, según lo disponen los numerales 2 a 11 del artículo 2º de la Ley 549 de 1999, con destino al pago de las acreencias pensionales de los departamentos y municipios, administrados por el Fondo de Pasivos Pensionales; vale decir, en criterio de la Corte que es la ley la que define el sector a donde deben aplicarse los recursos objeto de la inversión social, frente a los cuales el Congreso de la República puede señalar su uso y destino, conforme lo ha establecido esta Corte en la sentencia C-520/94 (M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara) y C-151/94 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz)”.

“Por todo lo expuesto, a juicio de la Corte, la deuda pensional de carácter territorial que afecta a un gran número de entidades territoriales, habilita al legislador, en aras de la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, para que en desarrollo de los principios de concurrencia y subsidiaridad, procure conjurar la crisis fiscal y permita que, conforme con los instrumentos diseñados por la Ley 549 de 1999, las entidades territoriales puedan cumplir con sus deberes constitucionales, especialmente el de satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social (art. 48 C. P.), por cuanto la ley referida dispone que las entidades territoriales, realicen aportes al Fonpet (numerales 1 a 11 del artículo 2º), lo cual, dependerá de las reservas financieras que de hecho cada departamento y municipio posea, conforme a su vez, con el plan financiero diseñado por el Gobierno nacional (arts. 1º y 2º de la Ley 549 de 1999)”.

En este contexto, conforme al sentido de la Ley 549 de 1991, cual es financiar y cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales con el apoyo del Fonpet, los recursos que se recaudan no son en favor de las entidades territoriales como tales, sino para la cobertura de su pasivo pensional; se registran a su nombre pero tienen una destinación legal específica y permiten que el administrador del Fondo, en ejercicio de sus funciones legales, asegure su recaudo.

Es así que, como advierte el organismo consultante, el artículo 10 de la misma ley le reitera la obligación de las entidades territoriales de hacer los aportes ordenados por la ley al Fonpet y le otorga al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la facultad expresa de cobro coactivo sobre las entidades territoriales que no cumplan su obligación de hacer los aportes al Fonpet:

“ARTÍCULO 10. OBLIGACIÓN DE REALIZAR LOS TRÁMITES PARA GARANTIZAR EL PAGO DEL PASIVO PENSIONAL. Constituye falta gravísima el no adelantar todos los trámites necesarios para cubrir el pasivo pensional en la forma prevista en esta ley.

Corresponde a la entidad territorial realizar el giro de los recursos al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales cuando quiera que dichos recursos sean generados por la misma entidad territorial. Cuando dichos recursos deban ser girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este descontará y girará directa e inmediatamente los recursos al Fonpet.

Igualmente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá actuar como juez con jurisdicción coactiva para obtener la transferencia de los recursos correspondientes de la entidad territorial, sus órganos descentralizados y demás entidades del nivel territorial. Para estos efectos los recursos correspondientes podrán ser embargados por dicho Ministerio. Lo dispuesto en este inciso es sin perjuicio de lo previsto en la Ley Orgánica de Presupuesto”. (Se resalta).

De modo que la titularidad de las cuentas del Fonpet en cabeza de cada una de las entidades territoriales, según lo señalado en el artículo 3º de la ley 549 de 1997, es relativa y no puede ser interpretada como una autorización para que cada entidad territorial decida cómo y cuándo aportar los recursos o, lo que sería peor, para que se autocondone en sus obligaciones con el Fonpet invocando su doble calidad de acreedor-deudor.

Como señaló esta Sala en el Concepto 1504 de 2003, los recursos deben ingresar efectivamente a las cuentas del Fonpet, de manera que “previamente deberán producirse por las entidades receptoras [Nación y entidades territoriales] los giros, transferencias o traslados a las cuentas del Fondo”. Y como se concluyó en Concepto 1933 de 2009, la interpretación que más se ajusta a la finalidad de la ley 549 de 1999, es aquella que garantiza el efectivo y mayor recaudo de recursos al Fonpet para cumplir la deuda pensional de las entidades territoriales.⁶

En consecuencia, resulta claro que un eventual procedimiento de cobro persuasivo o coactivo por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en representación del Fonpet para el recaudo de los recursos que por ley deben ser aportados al mismo, no se vería afectado, en el caso de las entidades territoriales, por la posible concurrencia de las calidades de acreedor-deudor; de hecho, la facultad expresa de cobro coactivo que se le asigna a dicho Ministerio sobre las entidades territoriales para asegurar el funcionamiento del Fonpet (art. 10), hace improcedente, por determinación propia de la ley, cualquier excepción de esa naturaleza.

Ahora bien, lo que sucede es que, como se verá enseguida, no se entiende bien que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deba iniciar un procedimiento de cobro coactivo e intentar el embargo de bienes y recursos de otras entidades públicas, cuando quiera que estas tienen el deber legal de hacer los aportes ordenados en la ley, so pena de sanciones disciplinarias e incluso penales en caso de estarse dando una destinación diferente a los aportes que deben ser enviados al Fonpet. En ese sentido, tal como pasa a señalarse, se debe insistir en la necesidad de que los entes territoriales cumplan sus obligaciones legales, de manera que el cobro coactivo sea una opción puramente residual.

C. El cobro de las obligaciones debidas al Fonpet por entidades del orden nacional. Agotamiento previo de mecanismos administrativos que aseguren el traslado de recursos

Según el organismo consultante, el artículo 10 de la Ley 549 de 1999 que acaba de citarse, autoriza al Ministerio de Hacienda para efectuar el cobro coactivo sobre las entidades territoriales que no cumplan con los aportes al Fonpet, pero guarda silencio en relación con las sumas que deben ser trasladadas por otras entidades del orden nacional; por tal razón, dice, surge la duda de si frente a esas otras entidades nacionales se puede adelantar también un proceso de cobro coactivo o cuál sería el mecanismo para obtener el recaudo de las sumas debidas al dicho fondo.

⁶ “La anterior argumentación se refuerza con los antecedentes de la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional transcritas, según las cuales se buscaba con la Ley 459 de 1999, los mayores ingresos posibles al Fonpet con el fin de garantizar las pensiones de las entidades territoriales, de manera que la interpretación que acaba de darse es la que mejor encaja en la finalidad querida por la ley”. Concepto 1933 de 2009. M. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

En particular, la consulta se refiere a las sumas que deben ser trasladadas al Fonpet por la Agencia Nacional de Hidrocarburos e Ingeominas por concepto de regalías⁷ y por Coljuegos⁸ en razón de la explotación del Loto Único Nacional. Al respecto cabe señalar lo siguiente.

1. El cobro coactivo entre entidades públicas

Como bien se sabe, el derecho colombiano ha optado por reconocer a la generalidad de entidades estatales la facultad o privilegio de cobrar directamente las obligaciones a su favor sin necesidad de acudir a una autoridad judicial, esto es, de ejercer la potestad de cobro coactivo.

Inicialmente, los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo anterior y el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 le otorgaron dicha potestad a la Nación y demás entidades del orden nacional, a las entidades territoriales y a los establecimientos públicos de cualquier orden. Posteriormente, la Ley 1066 de 2006 la ampliaría a la generalidad de entidades públicas que de manera permanente ejercen funciones administrativas y en virtud de ellas deban recaudar rentas o caudales públicos:

“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”.

Potestad esta que es reiterada a manera de “deber” por el artículo 98 de la ley 1437 de 2011, en el cual se señala que las entidades públicas “deberán” recaudar las obligaciones creadas a su favor en documentos que presten mérito ejecutivo⁹.

De modo que, en este contexto, la ausencia de una mención expresa en la ley 549 de 1999 referente al cobro coactivo de las obligaciones debidas al Fonpet por las entidades del orden nacional, se supliría con estas normas generales que reconocen dicha potestad a la Nación y a la generalidad de entidades públicas para asegurar el recaudo de los recursos públicos. Ello claro está, sin perjuicio de las restricciones establecidas en la ley para el embargo de rentas y bienes del Estado.

7 Ley 863 de 2003: “Artículo 48. De las contraprestaciones económicas a título de regalía, derechos o compensaciones que correspondan a los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos no renovables, así como a los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, se descontará previamente el cinco por ciento (5%) con destino al Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales. El descuento será realizado directamente por la entidad responsable de su giro. El saldo restante conservará la destinación y los porcentajes de distribución de que tratan las normas vigentes (...).
Los recursos de que tratan los dos incisos anteriores, se asignarán a las cuentas de las respectivas entidades territoriales en el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales (...). (se resalta).

8 Ley 549 de 1999. “Artículo 2°. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos: (...) 10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto Único Nacional, el cual organizará el Gobierno nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley”.

9 “Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el párrafo 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”. Por su parte, el artículo 104 define de manera amplia lo que debe entenderse por entidad pública: “Artículo 104 (...) PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

Es importante resaltar que, en principio, la facultad de cobro coactivo no está limitada por la calidad del deudor (público o privado), pues lo que interesa a la ley es que cada Administración pueda cobrar una obligación insoluta a su favor de manera ágil y eficiente.

Ahora bien, lo que sucede es que el ejercicio de la potestad de cobro coactivo está concebida para que el Estado pueda hacer efectivas las obligaciones que *los particulares* tienen para con él, en su condición de procurador de los intereses generales de la sociedad; en tal sentido, resulta extraño el cobro coactivo de una entidad pública sobre otra, especialmente cuando ambas forman parte de un mismo sector administrativo o dependen de una cabeza común que puede orientar su actuación a través de mecanismos institucionales de coordinación, instrucción o dirección¹⁰.

En este sentido, para evitar el cobro coactivo y superar el incumplimiento de los deberes funcionales que puedan originarlo, los organismos superiores de la Administración pueden acudir al ejercicio del poder jerárquico o de las directivas o instrucciones administrativas e, incluso, hacer uso del poder de tutela administrativa sobre los entes descentralizados.

Igualmente, para evitar situaciones extremas de demandas y cobros coactivos al interior del propio Estado, la ley permite a las entidades del sector central y descentralizado y a las entidades territoriales, hacer **cruces de cuentas** sobre las obligaciones recíprocamente causadas. Así el artículo 42 de la Ley 1485 de 2011¹¹ dispone:

“Artículo 42. Autorízase a la nación y sus entidades descentralizadas, para efectuar cruces de cuentas entre sí, con entidades territoriales y sus descentralizadas y con las empresas de servicios públicos con participación estatal, sobre las obligaciones que recíprocamente tengan causadas. Para estos efectos se requerirá acuerdo previo entre las partes. Estas operaciones deben reflejarse en el presupuesto, conservando únicamente la destinación para la cual fueron programadas las apropiaciones respectivas.

En el caso de las obligaciones de origen legal que tenga la nación y sus entidades descentralizadas para con otros órganos públicos, se deben tener en cuenta, para efectos de estas compensaciones, las transferencias y aportes, a cualquier título, que las primeras hayan efectuado a las últimas en cualquier vigencia fiscal. Si quedare algún saldo en contra de la Nación, esta podrá sufragarlo a través de títulos de deuda pública, sin que implique operación presupuestal alguna.

*Cuando concurren las calidades de acreedor y deudor en una misma persona, como consecuencia de un proceso de liquidación o privatización de órganos nacionales de derecho público, se pensarán las cuentas, sin operación presupuestal alguna”.*¹²

10 Como señala Forsthoff la coacción administrativa se entiende en la necesidad de hacer efectiva la voluntad de la Administración frente a los particulares y excepcionalmente sobre órganos autónomos del Estado que manejan sus propias esferas de acción, pero no en relación con aquellos frente a los cuales caben potestades disciplinarias y de dirección. Por tanto, dice, “los medios coactivos de la Administración solo tienen sentido respecto de los que se hallan fuera de esta”. (FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958, p. 396).

11 Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2012. Asimismo, el decreto 4810 de 29 de diciembre de 2010 permitió el cruce de cuentas entre entidades territoriales por obligaciones derivadas de cuotas partes pensionales, con el fin de evitar los procesos de cobro coactivo que se estaban adelantando entre ellas.

12 Actualmente, art. 42 de la Ley 1485 de 2011; los años anteriores, Ley 1420 de 2010, art. 43; Ley 1368 de 2009, art. 43; Ley 1260 de 2008, art. 44.

Por su parte, el artículo 2° de la propia Ley 1066 de 2006 también admite que las entidades estatales suscriban **acuerdos de pago** entre sí para regularizar sus obligaciones (numeral 4)¹³. Y, de hecho, para el caso particular del Fonpet, el artículo 20 del Decreto 4105 de 2004, modificado por el artículo 2° del Decreto 2948 de 2010¹⁴, permite que, previo al ejercicio de la jurisdicción coactiva, el Ministerio de Hacienda establezca condiciones de pago que consulten la capacidad financiera de las entidades deudoras con el fin de que estas puedan ponerse al día en sus obligaciones.

En síntesis, el principio de legalidad administrativa (art. 6° C. P.), por una parte, y el de colaboración institucional (artículo 113 ibidem), por otra, se oponen a que sean entidades de la propia Administración las que den origen a cobros coactivos entre sí, más aún cuando ello puede obedecer al incumplimiento de deberes funcionales de los servidores públicos responsables¹⁵.

De manera que el ejercicio de la jurisdicción coactiva o la demanda judicial entre entidades del Estado, deben ser un último recurso cuando definitivamente no existen mecanismos administrativos que permitan superar la situación o no se logra, por razones debidamente fundamentadas, llegar a acuerdos de pago o hacer cruces de cuentas para el saneamiento de cuentas públicas. Además, de ser el caso, el cobro coactivo deberá ir acompañado de las correspondientes denuncias disciplinarias cuando se observe que ello es consecuencia del incumplimiento injustificado de deberes funcionales de los servidores públicos responsables.

2. El caso analizado

Precisamente, en el caso concreto, la Sala observa que tanto Ingeominas¹⁶ (cuyas funciones en esta materia pasarán en un futuro a la Agencia Nacional de Minería¹⁷) como la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)¹⁸, son entidades descentralizadas del orden nacional y como tales están sujetas a diversos mecanismos de tutela administrativa (art. 103 de la Ley 489 de 1998).

- 13 "Artículo 2°. Obligaciones de las entidades públicas que tengan carter a su favor. Cada una de 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 y que dentro de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos del nivel nacional o territorial deberán: (...)7. Regularizar mediante el pago o la celebración de un acuerdo de pago las obligaciones pendientes con otras entidades públicas a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley".
- 14 "Artículo 20. Condiciones de pago y cobro coactivo. Cuando la entidad no haya cumplido oportunamente con su obligación de transferir recursos al Fonpet, la entidad podrá acogerse a las condiciones de pago que establezca de manera general mediante resolución el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador del Fonpet. Los plazos para el pago tendrán en cuenta la capacidad financiera de la entidad y no excederán el término previsto para la cobertura de los pasivos pensionales en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. Cuando se trate de aportes que haya debido realizar la nación, el Confis determinará el mecanismo para que el monto de los aportes pendientes de pago y su actualización se incorporen en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y en presupuestos de las vigencias fiscales correspondientes (...)"
- 15 En este último punto es preciso recordar que los servidores públicos son responsables tanto por acción como por omisión en el ejercicio de sus funciones (art. 6° C. P.); expresamente el Código Disciplinario Único establece que los servidores públicos están obligados a cumplir y hacer que se cumplan los deberes constitucionales y legales (art. 34-1) y, correlativamente, les prohíbe incumplir los deberes constitucionales y legales asignados a cada uno de ellos (art. 35-1); de manera concordante con lo anterior, el mismo estatuto normativo consagra como falta disciplinaria gravísima no incluir en el presupuesto las apropiaciones necesarias y suficientes para cubrir la deuda pública y atender debidamente el pago de sentencias y créditos judicialmente reconocidos (art. 48-24).
- 16 El Decreto 4131 de 2011 cambió la naturaleza de Ingeominas de Establecimiento Público a Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica, financiera y patrimonio independiente, que se denominará Servicio Geológico Colombiano, adscrito al Ministerio de Minas y Energía (artículo 1°).
- 17 Diversas funciones de Ingeominas fueron trasladadas a la Agencia Nacional de Minería creada mediante Decreto 4134 de 2011, entre ellas el recaudo de regalías del sector minero (art. 4°); en todo caso, el Decreto 4131 de 2011 dispuso que Ingeominas seguiría con esas funciones hasta que la nueva entidad entrara en funcionamiento.
- 18 El Decreto 4137 de 2011 cambió la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos de Unidad Administrativa Especial a la de Agencia Estatal, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía (art. 1°).

Además, los Ministros de Minas y Energía, de Vivienda, Ciudad y Territorio y un representante del Presidente la República, entre otros, forman parte del Consejo Directivo de Ingeominas; y en el caso de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) son parte de ese consejo el propio Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Energía y dos (2) representantes del Presidente de la República. Ello sin contar con que los directores de tales entidades son funcionarios de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, y, por tanto, responden a sus directrices y políticas administrativas.

De modo que, en ambos casos, el propio Gobierno nacional tiene mecanismos para promover y exigir en tales entidades el giro de recursos al Fonpet en la forma ordenada por la ley. Tales herramientas administrativas y de coordinación pueden ser suficientes para evitar el cobro coactivo y a la adopción de medidas cautelares sobre bienes o recursos del propio Estado.

Por demás, entiende la Sala que esta situación de incumplimiento no se presentará a futuro, pues la ley 1530 de 2011, por la cual se regula la organización y funcionamiento del Sistema General de Regalías, establece que la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) y la Agencia Nacional de Minería (ANM) ya no trasladarán las regalías recaudadas a las entidades territoriales, sino que las enviarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien será el responsable de las fases de distribución, transferencia y giro de las mismas (artículos 17, 18 y 19) y de asegurar el ahorro pensional de las entidades territoriales (art. 20)¹⁹. De manera que en este escenario, será el propio Ministerio de Hacienda y Crédito Público el que estará a cargo de los traslados al Fonpet por concepto de regalías.

Ahora, lo mismo que acaba de señalarse en relación con la ANH, la ANM e Ingeominas, es igualmente aplicable en el caso del traslado que debe hacer Coljuegos²⁰ por la explotación del Loto Único Nacional, según lo ordenado en los artículos 2° de la Ley 549 de 1999²¹ y 42 de la Ley 643 de 2001²². En efecto, Coljuegos funciona también como una entidad descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público²³, en cuya junta directiva se encuentran, entre otros, dos (2) representantes de dicho Ministerio²⁴. Además la propia entidad forma parte, junto con los Ministerios de Hacienda y de Salud y con representantes de las entidades territoriales, del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, una de cuyas funciones es, precisamente, velar por el cumplimiento de la ley 643 de 2001, es decir,

- 19 En concordancia, expresamente el artículo 56 de la misma Ley 1530 de 2011 señala: "Artículo 56. Distribución. El porcentaje de los recursos del Sistema General de Regalías destinado al ahorro pensional territorial, será manejado a través del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet). Se distribuirá anualmente entre las entidades territoriales conforme con los criterios y condiciones definidos para el efecto por la legislación vigente aplicable al Fonpet".
- 20 Una de las funciones asignadas a Coljuegos en el Decreto 4142 de 2011 es la de administrar "los derechos de explotación y los gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar de su competencia", lo cual comprende "su recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos de explotación y gastos de administración".
- 21 Artículo 2°. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos: (...) 10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto Único Nacional, el cual organizará el Gobierno nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley".
- 22 "Artículo 42. (...). Parágrafo. Los recursos de la lotería instantánea, la lotería preimpresa y del lotto en línea, se destinarán en primer lugar, al pago del pasivo pensional territorial del sector salud, que se viene asumiendo de acuerdo con la Ley 60 de 1993 (...)."
- 23 Decreto 4142 de 2011. Artículo 1°. Creación. Créase la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, denominada Coljuegos, como una Empresa descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.
- 24 Decreto 4142 de 2011. "Artículo 9o. Junta Directiva. La Junta Directiva de Coljuegos estará integrada por:
1. Dos (2) delegados del Ministro de Hacienda y Crédito Público.
2. El Ministro de Salud y Protección Social o su delegado.
3. Dos (2) miembros independientes designados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público (...)"

entre otras, cosas, por el traslado al Fonpet de los recursos que según dicha ley deben destinarse al financiamiento de las pensiones territoriales.

Por tanto, en este caso también existe una relación administrativa suficiente que permite arbitrar los diversos instrumentos que establece la ley para coordinar la actividad de las entidades descentralizadas y asegurar que sus funcionarios cumplan las obligaciones que establece la ley, sin necesidad de iniciar procesos coactivos o judiciales para el recaudo de las sumas causadas a favor del Fonpet.

D. Documentos en los constan las obligaciones que se pueden cobrar coactivamente

Sobre este último punto de la consulta basta decir que desde antes de la expedición de la Carta de 1991, los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984–, definieron los documentos que prestan mérito ejecutivo²⁵, los cuales aparecen descritos nuevamente en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así

“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.

²⁵ “ARTÍCULO 68. DEFINICIÓN DE LAS OBLIGACIONES A FAVOR DEL ESTADO QUE PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, 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, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
3. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.
4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.
5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.
6. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor”.

5. *Las demás que consten en documentos que provengan del deudor*". (Se resalta).

Como se observa, entre los documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, se encuentran expresamente los actos administrativos ejecutoriados, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

Ahora bien, como indica acertadamente el organismo consultante, en el caso analizado es el propio Ministerio de Hacienda y Crédito Público como administrador del Fonpet, el encargado de expedir el correspondiente acto administrativo de liquidación de la obligación y de iniciar el proceso de cobro coactivo si no se llega a un acuerdo de pago con la entidad deudora.

En efecto, el artículo 20 del decreto 4105 de 2004, modificado por el artículo 3° del decreto 4478 de 2006 y por el artículo 2° del decreto 2948 de 2010, establece lo siguiente:

“Artículo 2°. Condiciones de pago y cobro coactivo: El artículo 20 del Decreto 4105 de 2004, modificado por el artículo 3° del Decreto 4478 de 2006, quedará así:

‘Artículo 20. Condiciones de pago y cobro coactivo. Cuando la entidad no haya cumplido oportunamente con su obligación de transferir recursos al Fonpet, la entidad podrá acogerse a las condiciones de pago que establezca de manera general mediante resolución el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador del Fonpet. Los plazos para el pago tendrán en cuenta la capacidad financiera de la entidad y no excederán el término previsto para la cobertura de los pasivos pensionales en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. Cuando se trate de aportes que haya debido realizar la Nación, el Confis determinará el mecanismo para que el monto de los aportes pendientes de pago y su actualización se incorporen en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y en presupuestos de las vigencias fiscales correspondientes.

Con el propósito de preservar la capacidad adquisitiva de las reservas pensionales de las entidades territoriales en el Fonpet, los aportes no transferidos oportunamente se actualizarán conforme al valor de la unidad del Fonpet, desde la fecha en que ha debido realizarse el aporte hasta la fecha del pago efectivo.

Antes del inicio del procedimiento de cobro coactivo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público comunicará a la entidad el monto de las obligaciones exigibles, tanto por la última vigencia fiscal de la cual se tenga información como por las vigencias anteriores, y la respectiva actualización, con el fin de que la entidad manifieste su interés en acogerse a las condiciones de pago de que trata el presente artículo. La entidad deberá pronunciarse en el plazo que el Ministerio señale en la comunicación. El silencio de la entidad territorial o su respuesta negativa darán lugar al inicio del procedimiento de cobro coactivo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que hubiere lugar.

Para los efectos del presente artículo, el monto de la deuda de los departamentos se determinará anualmente por la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, DRESS, con fundamento en el informe emitido por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, DAF, sobre recaudos

efectivos de los recursos de que tratan los numerales 7, 8 Y 9 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999. La DAF podrá utilizar directamente las ejecuciones presupuestales certificadas por la entidad territorial u obtenerlas a través de la Contraloría General de la República o la Contaduría General de la Nación.

Para los mismos efectos, el monto de la deuda de los municipios y distritos se determinará anualmente por la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, DRESS, con fundamento en la información que sobre el recaudo efectivo de los recursos de que trata el numeral 7 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999 suministre la Contaduría General de la Nación.

Para los aportes que deban realizar al Fonpet entidades distintas de las entidades territoriales, la DRESS determinará el total de la deuda con la información oficial que corresponda y aplicará los mismos criterios de actualización y plazos ordenados en el presente artículo.

Para establecer el monto de la deuda de las entidades territoriales, la DRESS tomará como fecha de corte el decimoquinto día hábil del mes de enero de la vigencia fiscal siguiente a aquella en que se efectuaron los recaudos por parte de las entidades territoriales (...).”

Como se observa, la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (DRESS) tiene asignada la función de determinar la deuda que las entidades territoriales tienen con el Fonpet, con base en la información suministrada en cada caso por otras dependencias o entidades del Estado según las fuentes de los recursos, todo ello de conformidad con el artículo 2° de la Ley 549 de 1999.

De manera que el título ejecutivo consistirá en un acto administrativo ejecutoriado expedido por el mencionado Ministerio, en el cual conste la respectiva obligación, en los términos del citado artículo 20 del Decreto 4105 de 2004.

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Cómo debe la nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su calidad de administradora del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet), dar cumplimiento al inciso tercero del artículo 10 de la Ley 549, para realizar cobro coactivo contra las entidades territoriales que no hayan realizado los aportes a que están obligadas por las Leyes 549 de 1999, 715 de 2001 y 863 de 2003, teniendo en cuenta que dichas entidades son a la vez las titulares de las cuentas que se acumulan en el Fonpet para el pago de sus respectivas obligaciones pensionales, confundándose en las entidades territoriales las calidades de deudoras y acreedoras?”

De acuerdo con lo expuesto, el cobro coactivo que deba adelantar la nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las entidades territoriales en su calidad de administradora del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet), no se ve afectado por la consideración de que las entidades territoriales sean las deudoras del Fonpet y, a la vez, sean beneficiarias de los recursos del mismo.

2. ¿El título ejecutivo con el cual la nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público puede llevar a cabo el cobro contra todas las entidades que conforme a la ley deben realizar aportes

al Fonpet, puede consistir en la liquidación que realice el propio Ministerio de acuerdo con las diferentes fuentes de información internas y externas que le indique la ley y aquellas de que disponga?

Sí. El título ejecutivo consistirá en un acto administrativo ejecutoriado expedido por el propio Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con la forma de liquidación de la obligación prevista el artículo 20 del decreto 4105 de 2004, modificado por el artículo 3º del decreto 4478 de 2006 y por el artículo 2º del decreto 2948 de 2010.

3. ¿Son aplicables las mismas consideraciones realizadas previamente para el cobro coactivo a las entidades públicas del orden nacional que no hayan realizado los aportes a que están obligadas por las Leyes 549 de 1999, 715 de 2001 y la 863 de 2003, a pesar de que la ley no las haya mencionado expresamente? De ser negativa la respuesta, ¿cómo puede el Ministerio proceder a realizar el cobro de estas obligaciones?”

Sí. De acuerdo con lo expuesto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador del Fonpet, debe asegurar el recaudo de los recursos debidos a dicho Fondo, tanto por las entidades territoriales como por las del orden nacional, incluso de manera coactiva.

No obstante, tratándose de entidades del orden nacional, el Gobierno nacional debe acudir previamente a los diversos instrumentos administrativos a su disposición para asegurar que dichas entidades cumplan con los traslados ordenados en la ley al Fonpet.

Remítase 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. William Zambrano Cetina, Consejero. Jenny Galindo Huertas, Secretaria de la Sala.

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.

Radicado 2254

Fecha: 08/06/2016

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

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 6 de septiembre de 2016

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que sociedades de economía mixta como Ecopetrol, Isagén y Cenit, sean adjudicatarias de terrenos baldíos para la construcción de infraestructura de servicios públicos y de interés general.

I. Antecedentes

Según el organismo consultante el asunto que se pone a consideración de la Sala tiene los siguientes antecedentes:

1. El artículo 68 de la Ley 160 de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria, permite hacer adjudicaciones de bienes baldíos a favor de ***“entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, o cuyas actividades hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública o interés social”***.

2. La consulta indica que en relación con el referido artículo no existe claridad sobre el alcance de las expresiones (i) *“entidades de derecho público”* y (ii) *“instalación o dotación de servicios públicos”*, en particular sobre su aplicación a Ecopetrol, Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos SAS e Isagén S. A. ESP, todas estas sociedades con participación estatal pero regidas por el derecho privado.

3. De acuerdo con la consulta, la Oficina Jurídica del Incoder ha rendido concepto favorable en relación con Ecopetrol e Isagén (posibilidad de ser consideradas entidades de derecho público para efectos de ser adjudicatarias de baldíos), no obstante lo cual se requiere el concepto de esta Sala *“teniendo en cuenta las interpretaciones que puede suscitar la aplicación del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, en especial en cuanto se refiere a ‘entidades de derecho público’ y a la construcción de obras de infraestructura ‘destinadas a la instalación y dotación de servicios públicos (...)’”*.

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

1. *Para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, ¿qué se entiende por “entidades de derecho público” y por “instalación o dotación de servicios públicos”?*

2. *¿Las sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% pueden ser sujetos de adjudicación de predios baldíos, cuando se den los supuestos establecidos en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994?*

3. *¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90%?*

¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% y con participación en la creación de la filial por parte de personas privadas?

¿Son específicamente sujetos de adjudicación de predios baldíos Isagen S. A. ESP, Ecopetrol S. A. y Cenit SAS?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

A. Planteamiento del problema

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, la Sala debe resolver los siguientes problemas jurídicos que plantea la presente consulta:

a. Determinar lo que en el contexto del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 significa la expresión “*entidad de derecho público*”, con el fin de establecer si las sociedades de economía mixta con capital estatal inferior al 90%, en particular Ecopetrol, Cenit e Isagén, pueden ser adjudicatarias de bienes baldíos.

b. Establecer el alcance que en la misma disposición legal debe darse a la expresión “*instalación o dotación de servicios públicos*”.

Para resolver lo anterior, la Sala revisará en su orden los siguientes asuntos: (i) el contenido general del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 y las condiciones en que opera la adjudicación de bienes baldíos destinados a mejorar la infraestructura de servicios públicos del país; (ii) el concepto de entidad de derecho público desde el punto de vista general de la estructura del Estado y desde la perspectiva particular de la norma analizada; y (iii) el concepto de servicio público y de obras de instalación y dotación de los mismos.

B. El artículo 68 de la Ley 160 de 1994: Condiciones generales para la adjudicación de baldíos destinados a la infraestructura de servicios públicos

1. La descripción general de la norma

Como se desprende de los antecedentes expuestos, la presente consulta se origina en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 que establece lo siguiente:

“Artículo 68. Podrán hacerse adjudicaciones en favor de entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, o cuyas actividades hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social, bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados revertirán al dominio de la Nación.

Las adjudicaciones de terrenos baldíos podrán comprender a las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que presten un servicio público, o tengan funciones de beneficio social por autorización de la ley, y en aquellas deberá establecerse la reversión del baldío en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en el respectivo contrato de explotación de baldíos. La Junta Directiva señalará los requisitos que deben cumplir las personas jurídicas a que se refiere este inciso, las condiciones para la celebración de los contratos, las obligaciones de los adjudicatarios y la extensión adjudicable, medida en Unidades Agrícolas Familiares.¹

Como se observa, el primer inciso de esta disposición regula: (i) el tipo de acto que se puede realizar: *la adjudicación de un bien baldío*; (ii) un elemento subjetivo relacionado con las personas que se pueden beneficiar de la adjudicación: *entidades de derecho público*; (iii) un elemento objetivo o referido al uso que se debe dar al bien adjudicado: *la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos o de actividades declaradas como de utilidad pública e interés social*; y (iv) una condición resolutoria o extintiva²: *el deber de destinación efectiva de los bienes baldíos al fin previsto, so pena de reversión de los mismos a la nación.*

El segundo inciso, no menos importante para absolver la presente consulta pues arroja criterios de interpretación para el primer inciso, establece: (i) que la adjudicación de bienes baldíos podrá comprender *a personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro* (fundaciones o asociaciones) que presten un servicio público o tengan funciones de beneficio social por autorización de la ley; (ii) que la adjudicación quedará sujeta a una cláusula de reversión en caso de que no se cumplan los fines para los cuales se entregó el bien; y (iii) que la Junta Directiva del Incora (hoy Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras)³ señalará los requisitos y condiciones para la celebración de los contratos, las obligaciones de los adjudicatarios y la extensión adjudicable.

De acuerdo con lo anterior, la disposición analizada permite que las *“entidades de derecho público”* (primer inciso) y las privadas de tipo fundacional o asociativo sin ánimo de lucro (segundo inciso), sean adjudicatarias de bienes baldíos sobre los cuales se construiría o am-

1 Esta disposición aparece por primera vez en la Ley 30 de 1988, que en su momento modificó el artículo 29 de la Ley 135 de 1968 así: “Artículo 10. El artículo 29 de la Ley 135 de 1961, quedará así: “Artículo 29. A partir de la vigencia de la presente Ley, no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos sino por ocupación previa y en favor de personas naturales o de cooperativas o empresas comunitarias campesinas y por extensiones no mayores de cuatrocientas cincuenta (450) hectáreas por persona o por socio de la empresa comunitaria o cooperativa campesina. No obstante, podrán hacerse adjudicaciones en favor de entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados reverterán al dominio de la nación”.

2 Código Civil. “Artículo 1536. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

3 El Incora fue reemplazado por el Incoder según Decreto 1300 de 2003. Posteriormente, mediante el Decreto Ley 2365 de 2015, publicado en el Diario Oficial n.º 49.719 de 7 de diciembre de 2015, “se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”. Según lo establece el artículo 38 del Decreto Ley 2363 de 2015 –por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras (ANT), se fija su objeto y estructura–: “todas las referencias normativas hechas al Incora o al Incoder en relación con los temas de ordenamiento social de la propiedad rural deben entenderse referidas a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) (...). PARÁGRAFO. Las referencias normativas consignadas en la Ley 160 de 1994, y demás normas vigentes, a la Junta Directiva del Incora, o al Consejo Directivo del Incoder, relacionadas con las políticas de ordenamiento social de la propiedad, deben entenderse referidas al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras (ANT)”.

pliaría la infraestructura de servicios públicos del país o de una actividad de interés general definida por el legislador. En cuanto a lo primero (que corresponde al objeto de la consulta), es claro entonces que la finalidad de la ley es facilitar el uso de bienes fiscales para la construcción, ampliación y fortalecimiento de la **infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos**.

De este modo, del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se desprende la siguiente matriz que permite identificar los límites normativos dentro de los cuales la adjudicación analizada es permitida:

	Obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos	Actividades declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social	Otro tipo de actividades distintas a las señaladas en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994
Entidad de derecho público	VIABLE CON SUJECCIÓN A CONDICIÓN RESOLUTORIA	VIABLE CON SUJECCIÓN A CONDICIÓN RESOLUTORIA	NO VIABLE
Entidad de derecho privado con ánimo de lucro	NO VIABLE	NO VIABLE	NO VIABLE

Se observa entonces que la adjudicación de bienes baldíos en el caso analizado solo es posible cuando **concurren** el elemento objetivo (destinación del bien a los fines previstos en la ley) y el subjetivo (adjudicación a entidad de derecho público o privada sin ánimo de lucro). También es claro que tales elementos deben mantenerse en el tiempo si se quiere que los fines de la ley se cumplan efectivamente y los bienes entregados no terminen en manos de particulares o en usos distintos a los fijados por el legislador.

Así las entidades públicas que presten servicios públicos o desarrollen actividades de utilidad pública o interés social previamente declaradas como tales por el legislador, podrán solicitar la adjudicación de bienes baldíos para el establecimiento y desarrollo de tales servicios o actividades y a condición, claro está, de que se destinen exclusivamente a esos mismos fines y no a otros distintos.

Precisamente, el hecho de que los bienes adjudicados se deban destinar exclusivamente a la construcción o dotación de “infraestructura” de servicios públicos o al desarrollo de actividades de utilidad pública o interés general definidas por el legislador, determina, como se verá más adelante, que se trata de obras con vocación de permanencia (no transitorias). Asimismo, la previsión legal de una condición resolutoria denota que el incumplimiento de las condiciones de adjudicación fuerza el retorno a la nación del bien adjudicado y, por ende, a su condición de bien baldío.

A este respecto debe ponerse de presente que según los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política y 1º de la propia Ley 160 de 1994, el destino principal de los bienes baldíos es garantizar el acceso a la propiedad agraria a la población rural de menores ingresos⁴, por lo que disposiciones como la analizada deben ser interpretadas de manera **restrictiva** y siempre bajo el presupuesto de que si los fines de la ley no se cumplen (mejorar la infraestructura de servicios públicos), los bienes deben volver a cumplir su función natural como bienes fiscales adjudicables.

2. El tipo de acto que puede expedirse: la lectura sistemática de los artículos 68 y 75 de la Ley 160 de 1994

Según se señaló anteriormente, el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se refiere a un acto de “*adjudicación*”, lo que impone verificar su significado en el contexto de la propia ley. Para tal efecto la Sala llama la atención en dos aspectos particulares de especial relevancia para esta consulta.

En primer lugar debe recordarse la clasificación de los bienes del Estado en *bienes de uso público* y *bienes fiscales*, suficientemente aclarada por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha explicado, según los lineamientos de la legislación civil, que la denominación genérica adoptada en el artículo 102 de la Carta Política comprende (i) los bienes de uso público y (ii) los bienes fiscales.

(i) Los bienes de uso público, además de su obvio destino se caracterizan porque “están afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público y se rigen por normas especiales”. El dominio ejercido sobre ellos se hace efectivo con medidas de protección y preservación para asegurar el propósito natural o social al cual han sido afectos según las necesidades de la comunidad.

(ii) Los bienes fiscales, que también son públicos aun cuando su uso no pertenece generalmente a los ciudadanos, se dividen a su vez en:

a) bienes fiscales propiamente dichos, que son aquellos de propiedad de las entidades de derecho público y frente a los cuales tienen dominio pleno “igual al que ejercen los particulares respecto de sus propios bienes”; y

(b) bienes fiscales adjudicables, es decir, los que la nación conserva “con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley”, dentro de los cuales están comprendidos los baldíos”⁵ (Se resalta).

4 Consejo de Estado, Sentencia del 11 de julio de 2013, expediente 1996-3031. Sentencia C- 255 de 2012: “La adjudicación de bienes baldíos, que por su naturaleza pertenecen a la Nación, tiene como propósito central permitir el acceso a la propiedad a quienes carecen de ella, contribuir al mejoramiento de sus condiciones de vida y, por esa vía, de toda la sociedad”. Igualmente Sentencia C-180 de 2005: “En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 160 de 1994 por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, mediante la cual se ajustaran a los cánones de la Carta Política las disposiciones que en nuestro país regulaban el tema agrario, al tiempo que se corrigieron las dificultades que se presentaron con la aplicación de la normatividad agraria contenida en la Ley 135 de 1961. Las disposiciones demandadas hacen parte de este contexto normativo y pretenden, por una parte dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 64 constitucional, esto es, promover el acceso a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrícolas (...)”.

5 Sentencia C-255 de 2012.

En este orden, en supuestos como el revisado (transferencia de un bien baldío de la nación a una entidad pública), el bien no pierde sus atributos de bien estatal y, particularmente, de bien fiscal. Según se puede constatar solamente habría un cambio en su clasificación (de bien fiscal adjudicable a bien fiscal propiamente dicho), con la correspondiente responsabilidad de la entidad adjudicataria de ejercer su titularidad, defensa y cuidado.

En segundo lugar la Sala llama la atención sobre la necesidad de interpretar el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 en armonía con el artículo 75 de la misma ley, que establece lo siguiente sobre el uso de bienes baldíos para el establecimiento de servicios públicos y el desarrollo de actividades de interés general:

“Artículo 75. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria queda autorizado para constituir sobre los terrenos baldíos cuya administración se le encomienda, **reservas en favor de entidades de derecho público para la ejecución de proyectos de alto interés nacional, tales como los relacionados con la explotación de los recursos minerales u otros de igual significación, para el establecimiento de servicios públicos, o el desarrollo de actividades que hubieren sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social, y las que tengan por objeto prevenir asentamientos en zonas alledañas o adyacentes a las zonas donde se adelanten exploraciones o explotaciones petroleras o mineras, por razones de orden público o de salvaguardia de los intereses de la economía nacional en este último caso.**

Previo concepto favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Instituto podrá establecer reservas sobre terrenos baldíos en favor de entidades privadas sin ánimo de lucro, creadas con el objeto de proteger o colaborar en la protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.

Igualmente podrá sustraer de tal régimen tierras que hubieren sido colocadas bajo este, o que el mismo Instituto hubiere reservado, si encontrare que ello conviene a los intereses de la economía nacional.

Las resoluciones que se dicten de conformidad con los incisos precedentes requieren para su validez la aprobación del Gobierno nacional.

El Incora ejercerá, en lo relacionado con el establecimiento de reservas sobre tierras baldías o que fueren del dominio del Estado, las funciones de constitución, regulación y sustracción que no hayan sido expresamente atribuidas por la ley a otra autoridad.

(...) Para efectos de constitución de las reservas y la sustracción de tal régimen, la Junta Directiva expedirá el reglamento respectivo”.

Como se observa, este artículo permite (i) que la Agencia Nacional de Tierras (ANT)⁶ establezca zonas de reserva sobre bienes baldíos a favor de las entidades de derecho público para el establecimiento de servicios públicos y otras actividades de interés general (esto es, los fines del artículo 68 analizado) y (ii) que sobre esas zonas la ANT cumpla funciones de constitución, regulación y sustracción de las mismas, esto es, que determine bajo qué figura jurí-

6 Que actualmente ejerce las funciones que en esta materia estuvieron en su momento en cabeza del Incora y luego del Incoder (Ver pie de p. 3).

dica se permitirá su uso por parte de las entidades enunciadas en la norma. Nótese además que este artículo se refiere a una *actividad de gestión o administración sobre “el uso” de los bienes baldíos* (a través de las zonas de reserva), sin que se prevea para ello ningún traslado o cambio en la titularidad o naturaleza jurídica de dichos bienes.

Esto implica, a juicio de la Sala, que si bien el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 habla de *“adjudicación”*, no lo hace únicamente desde la perspectiva del *traslado gratuito de la propiedad*, como ocurre en el artículo 65 de la misma ley al regular la adjudicación de baldíos a población campesina vulnerable⁷. Al articular ambas disposiciones (artículos 68 y 75) se llega a la conclusión de que si bien esa es una alternativa posible, también es viable que la ANT acuda a otras figuras distintas que no impliquen la transferencia del bien, sino la gestión de su uso en las zonas de reserva establecidas para tales fines.

Hecha esta descripción general de los elementos normativos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 pasa la Sala a revisar lo que en su contexto debe entenderse por *“entidad de derecho público”* y por *“instalación o dotación de servicios públicos”*, para así responder las preguntas del organismo consultante.

C. El concepto de “entidad de derecho público” y los diversos criterios utilizados para su identificación

Como pone en evidencia la consulta, no existe una norma que defina con carácter general el concepto de *entidad de derecho público*. Por el contrario, tanto la Constitución como la ley acuden a distintas expresiones para referirse a la multiplicidad de formas organizativas que hacen parte del Estado. En ocasiones se utilizan las expresiones *“entidades del Estado”* o *“entidades estatales”* (como en los artículos 125, 268-6 y 352 de la Constitución Política, en la Ley 80 de 1993 de contratación estatal o en la Ley 1508 de 2012 sobre asociaciones público privadas). En otras se hace referencia a *“entidades públicas”* (como en los artículos 82, 127, 150-14, 179-3, 180-2, 254, 268-12, 269, 302 y 339 de la Constitución, en la Ley 1066 de 2006 sobre cobro coactivo o en la Ley 1712 de 2014 de transparencia). También se acude al término *“entidades oficiales”* (por ejemplo al referirse a las prohibiciones de los congresistas –numeral 3 del artículo 180 C. P.–). O en otros casos, como en el artículo 533 del Estatuto Tributario, el artículo 120 de la Ley 418 de 1997 (contribución especial) o en el asunto consultado, la ley se refiere simplemente a *entidades de derecho público*. Además es frecuente que dichos términos no siempre tengan el mismo significado y que se les asigne un alcance o consecuencias distintas según cada ley en particular.

Pese a lo anterior, la aproximación a estos conceptos puede hacerse desde varias perspectivas:

⁷ Así, el artículo 65 señala que la propiedad de los terrenos baldíos adjudicables se adquiere *“mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que delegue esta facultad”*, para lo cual, sin perjuicio de la acreditación de diversos requisitos por parte de los solicitantes (explotación económica del bien, nivel de ingresos, etc. –artículo 69 ibidem–), la ley no prevé una contraprestación económica (precio de venta o similar) a favor del Estado.

1) Desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado

Desde el punto de vista de la estructura del Estado las expresiones entidad pública, estatal o de derecho público denota la pertenencia de una determinada organización o entidad al Estado y, por ende, su vinculación con el derecho público. En este sentido, en el plano constitucional forman parte del Estado las entidades y organismos de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, y los órganos autónomos e independientes (artículo 113). En el caso particular de la Rama Ejecutiva, esta se encuentra integrada por los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las gobernaciones y alcaldías, las superintendencias, “*los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado*” (artículo 115), así como por “*las sociedades de economía mixta*” (artículo 150-7).

Por mandato constitucional las entidades u organismos que forman parte de la organización estatal, particularmente de la Rama Ejecutiva del poder público (aún las descentralizadas por servicios que hayan de regirse por el derecho privado), solo pueden nacer *de un acto de autoridad estatal (ley, ordenanza o acuerdo) o con su autorización*. En este sentido, el artículo 150-7 de la Constitución establece que al Congreso de la República le corresponde determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica, así como “*crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta*”. En concordancia con lo anterior, el artículo 210 *ibidem* señala que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional “*solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta*”. Y la misma asignación de competencias se hace en el nivel territorial en cabeza de las asambleas departamentales y los concejos municipales para la determinación de la estructura de la administración local y la creación de entidades descentralizadas de ese nivel (artículos 300 y 313, respectivamente).

Además, respecto de las entidades descentralizadas (tema objeto de la consulta) la propia Constitución establece que: (i) **están sujetas al régimen legal que fije el legislador** (artículo 210); (ii) sus empleados y trabajadores son servidores públicos (artículo 123); (iii) sus recursos, junto con los de la Nación y las entidades territoriales, forman parte del tesoro público de la nación (artículo 128); (iv) en sus juntas directivas no pueden participar los congresistas, diputados, concejales o ediles ni sus familiares (artículos 180-3, 292 y 323); (v) sus directivos -en el orden nacional- pueden ser citados por las comisiones permanentes del Congreso de la República (artículo 208); (vi) sus representantes legales pueden ser delegatarios de funciones presidenciales (artículo 211); (vii) debe velarse por la exacta recaudación de sus rentas (artículo 305-11); y (viii) su contabilidad será consolidada con la contabilidad general de la nación (artículo 354).

En desarrollo de estos mandatos constitucionales la Ley 489 de 1998 regula en relación con las entidades descentralizadas: (i) el concepto y alcance de la descentralización (artículo 7°); (ii) los requisitos de creación de organismos y entidades administrativas (artículo 49); el contenido de los actos de creación (artículo 50); la forma de supresión, liquidación o modificación de las entidades y organismos nacionales (artículo 52); el régimen general y de creación de las entidades descentralizadas (artículos 68 y 69); el régimen legal de los establecimientos públicos (artículos 69 a 81); el régimen de las unidades administrativas especiales,

las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos (artículos 82, 83 y 84, respectivamente); el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículos 85 a 94); el régimen aplicable para la asociación entre entidades públicas (artículo 95) y con particulares (artículo 96); el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta (artículos 97 a 102); y los mecanismos de control administrativo de las diferentes entidades públicas pertenecientes a la rama ejecutiva, *inclusive de las entidades descentralizadas indirectas* (artículos 103 a 109).

En consecuencia puede afirmarse que desde el punto de vista general de la *pertenencia o no de una entidad a la estructura del Estado* las expresiones *entidad estatal, entidad pública, entidad oficial o entidad de derecho público* cobijan a la generalidad de órganos y personas jurídicas que forman parte de la organización estatal. También puede advertirse que tales enunciados encuentran sus opuestos en el lenguaje jurídico cuando se alude a las “*personas jurídicas particulares, privadas o de derecho privado*”, por ejemplo, en los artículos 15, 48, 127, 267, 268-4, 282-2 y 355 de la Constitución Política. Y puede señalarse además que en relación con aquellas entidades que forman parte de su estructura y organización, el Estado goza de potestades suficientes para (i) ordenar o autorizar su creación, reestructuración o extinción; (ii) regular su funcionamiento con mucha mayor intensidad de lo que puede hacerlo respecto de las entidades particulares o privadas; (iii) participar de su administración y control; y (iv) definir su régimen jurídico y patrimonial, diferenciándolo total o parcialmente del que se aplica a las formas societarias o asociativas que surgen exclusivamente de la voluntad de los particulares⁸.

Por tanto, desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado resulta claro que las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas son *entidades estatales, públicas o de derecho público*. Así lo había señalado ya esta Sala en el Concepto 2217 de 2014, en el cual se respondió negativamente al interrogante de si las sociedades de economía mixta podían catalogarse como *entidades de derecho privado*:

“4. Las sociedades de economía mixta como entidades públicas o estatales. El cuestionamiento que la entidad consultante dirige a la Sala, en el sentido de establecer si la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S. A. puede ser calificada como una “persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos”, encuentra, de conformidad con lo explicado hasta el momento, una respuesta negativa.

(...) La Sala aprecia que las sociedades de economía mixta de índole nacional, departamental o municipal, en forma alguna pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado, dado que resulta por completo ajeno a la creación de las personas jurídicas de derecho privado la exigencia, por parte del ordenamiento jurídico, de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en tales personas jurídicas para su conversión⁹.

8 Concepto 2259 de 2016: “Las personas jurídicas son susceptibles de ser clasificadas en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado, en atención al origen de los recursos que las integran, la finalidad que cumplen, las condiciones de su creación, funcionamiento, regulación, intervención, vigilancia, extinción y liquidación”.

9 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de septiembre de 2011, radicación 2025.

(...) Sin embargo, en la actualidad, la Ley 489 de 1998 determina que las sociedades de economía mixta integran el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional (literal f, numeral 2, artículo 38, artículo 68), lo cual las ubica en la nomenclatura de las entidades públicas o entidades estatales, también aplicable a las del orden territorial, según el parágrafo del artículo 2º ibídem, parágrafo 1 del artículo 68 y artículo 69 ejusdem.

(...) Así, en todos los casos se conviene en aceptar que las sociedades de economía mixta no son personas jurídicas de derecho privado, sino que, en el sentido que se ha expuesto, hacen parte del Estado, es decir, son entidades estatales de la Rama Ejecutiva del poder público, con el régimen especial de aplicación del derecho civil y comercial que se ha referido en este concepto¹⁰. (Se resalta).

De este modo, las sociedades de economía mixta, no obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, “no son particulares (...) son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados¹¹”.

Así, cuando la Ley 489 de 1998 se refiere a la *integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público* menciona tanto a los organismos y entidades del sector central, como a los que pertenecen al sector descentralizado por servicios, entre ellas a las entidades públicas o estatales que se rigen por el derecho privado –como las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta–; además incluye de forma general a “las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público” (artículo 38).

En igual sentido el artículo 68 de la misma Ley 489 establece que son entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva –y por tanto parte de ella y del Estado–, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos “y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”. Además el mismo artículo es expreso al señalar en relación con las entidades descentralizadas, que:

10 Ver también Sentencia C-953 de 1999 que declaró inexecutable parcialmente el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en cuanto solo consideraba como sociedades de economía mixta a aquellas que tuvieran participación estatal superior al 50%. En Sentencia C-316 de 2003 se señaló que “no obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados”.

11 Sentencia C-316 de 2003. En este mismo sentido, en la Sentencia C-529 de 2006 la Corte Constitucional señaló lo siguiente al referirse a la pertenencia de las sociedades de economía mixta a la estructura y organización del Estado: “... es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador” (se resalta). Puede verse también la Sentencia C-736 de 2007 que al referirse a la integración de la rama ejecutiva del poder público aclaró: “(...) Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central”.

“(…) como **órganos del Estado** aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”. (Se resalta).

En consecuencia, la creación desde el poder público de asociaciones, empresas o sociedades y su sujeción en ciertos aspectos a normas de derecho privado, no comporta, que unas y otras dejen de ser parte de la organización estatal, ni que se conviertan o puedan ser consideradas por se *entidades particulares o privadas*¹².

2) Desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable

Ahora bien, lo señalado hasta el momento sobre el significado de la expresión *entidad de derecho público* desde el punto de vista de la organización y estructura del Estado, no implica que todas las entidades públicas tengan el mismo régimen jurídico, estén investidas de potestades o privilegios de derecho público o les apliquen todas las leyes por igual. La propia Constitución prevé regímenes especiales para ciertas entidades (por ejemplo el Banco de la República o las universidades públicas) y de manera general le confiere al legislador un amplio margen de configuración normativa para determinar el régimen jurídico y de ventajas públicas (si fuere el caso) que mejor responda a cada organismo o entidad, según el tipo de función o actividad asignada (artículos 150-7 y 210).

En consecuencia, el hecho de que las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas formen parte de la estructura del Estado, no inhibe la necesidad de estudiar en cada caso particular hasta donde quedan cobijadas por las normas que de manera general usan las expresiones *entidad pública, estatal o de derecho público*.

Así la jurisprudencia ha señalado que al corresponder al legislador la determinación del régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios, *“bien puede asignar a cada una de ellas regímenes distintos según la finalidad que le asigne a cada una de ellas y en atención a si en ellas concurre o no la participación de particulares”*.¹³ Particularmente, en relación con la libertad de configuración del legislador para determinar, dentro del marco de la Constitución, el régimen de las entidades descentralizadas por servicios –tema que ocupa a la Sala– se ha indicado, con base en el artículo 210 de la Constitución Política, que:

12 Sentencia C-992 de 2006 que en relación con Satena, empresa industrial y comercial del Estado, señaló: “El hecho de que la Empresa Industrial y Comercial del Estado Servicio Aéreo a Territorios Nacionales (SATENA) desarrolle actividades comerciales de acuerdo con normas de derecho privado y que en desarrollo de dichas actividades pueda entrar en competencia con empresas privadas no transforma la naturaleza jurídica de la misma en una empresa privada”.

13 Sentencia C-722 de 2007. Ver también Sentencias C-306 y C-784 de 2004 y C-1190 de 2000. En Sentencia C-580 de 2013 se señaló: Como fundamento de lo anterior se ha indicado que: “3.5.1 De conformidad con el artículo 114 de la Carta Política, al Congreso de la República, como representante de la rama legislativa del poder público, le corresponde, dentro de sus funciones, hacer las leyes. En esta medida y en ejercicio de dicha facultad, el legislador es el titular de la llamada “potestad organizatoria cuya manifestación primordial es la formulación del modo de ser y de actuar de una determinada organización administrativa, en sus elementos configurativos y en el conjunto de estos” (...). En relación con esta atribución del Congreso, la Corte ha precisado que al legislador le corresponde tanto la determinación de la estructura de la administración nacional, como la de sus elementos definiendo así las tipologías de las entidades y organismos que la conforman y sus interrelaciones respectivas. Aunado a lo anterior, se ha dicho que “también corresponde al Congreso de la República la creación de los distintos organismos y entidades y la definición, respecto de cada uno de ellos, de sus objetivos generales y de la correspondiente estructura orgánica y dentro de ella la previsión de las relaciones entre órganos y elementos internos. Asimismo, asisten al Congreso las consecuentes potestades de fusión, transformación y supresión de los organismos que él mismo crea (...) Así las cosas, es el legislador el llamado a determinar la estructura de la administración, no solo a través de la creación, fusión o supresión de entidades sino también de su organización administrativa, es decir, su denominación, naturaleza jurídica, régimen, entre otros aspectos, de conformidad con los parámetros constitucionales”.

“(...) de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración. En desarrollo de las atribuciones que someramente se han enunciado, el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente enumeradas y las que el mismo legislador, dentro de sus competencias, estime necesario crear para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales.

El ejercicio de la aludida potestad por parte del legislador habrá de procurar la optimización del cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual deberá observar los límites señalados en la propia Constitución atinentes a los derechos fundamentales de los asociados, y a los enunciados constitucionales en relación con la estructura y funcionamiento de la organización del Estado y los modelos institucionales previstos para el desarrollo de las diversas actividades a cargo del Estado”¹⁴.

En este contexto la ley puede establecer diferencias entre las entidades públicas o estatales que cumplen funciones públicas y en virtud de ello tienen un régimen de derecho especial basado en potestades y privilegios de derecho público (órganos centrales de la Administración y establecimientos públicos, por ejemplo), y aquellas otras que por desarrollar actividades comerciales e industriales son remitidas, al derecho privado, sin que por ello desaparezca su vinculación con el Estado:

“En efecto, si desde la propia Constitución se consagra la existencia de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, como elementos organizativos de los diversos niveles de la administración, bien nacional, departamental, distrital o municipal, quiere ello significar que desde la norma superior se han previsto organismos cuyo objeto primordial es de carácter industrial y comercial, y que integran en su interior tanto esfuerzos del Estado como de los particulares, como las sociedades de economía mixta, cuyos perfiles institucionales y jurídicos le corresponde precisar de manera general a la ley.

Y si desde la Constitución se prevé la existencia de sociedades con fines industriales o comerciales, en la cuales puede concurrir tanto el Estado como los particulares, es preciso que el legislador tenga en cuenta también los límites que se derivan de la especial relación entre el sector privado y el público, según las formulaciones constitucionales sobre la potestad de intervención estatal y sus modalidades básicas, el desarrollo de las actividades consideradas estratégicas, la libre iniciativa en materia económica, la libre competencia en materia económica, la libre competencia en condiciones de igualdad y la prestación de los servicios públicos”¹⁵.

De este modo es posible que el uso de la expresión *entidad pública* o *de derecho público* tenga diferentes alcances y no siempre cobije a la totalidad de entidades que orgánicamente forman parte de la estructura del Estado, sino que se refiera únicamente a aquellas que ejer-

14 Sentencia C-722 de 2007.

15 Sentencia C-722 de 2007.

zan atributos y privilegios propios del derecho público. En este contexto, solo serían entidades de derecho público las entidades que se rigen por el derecho público y carecerían de esa condición aquellas formas organizacionales del Estado que, pese a ser parte de su estructura, se rigen por normas de derecho privado.

Desde esta perspectiva, las sociedades de economía mixta o las propias empresas industriales y comerciales del Estado no quedarían incorporadas en la enumeración de entidades de “derecho público”, bajo la consideración de que el desarrollo de su actividad comercial o industrial estaría sujeto a normas de derecho privado (artículos 85 y 97 de la Ley 489 de 1998). Es el caso, por ejemplo, del alcance que a esa expresión le da el estatuto tributario cuando señala que son entidades de derecho público “la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos municipales, los municipios y los organismos o dependencias de las Ramas del Poder Público, Central o Seccional, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta” (artículo 533).

Sin embargo frente a este criterio habría que aclarar, tal como se ha expuesto anteriormente, que ninguna entidad perteneciente a la estructura y organización del Estado está regida totalmente por normas de derecho privado, en la medida que aún aquellas encargadas de actividades industriales y comerciales, lo hacen a partir de disposiciones de derecho público que las autorizan, determinan su régimen legal y fijan las condiciones necesarias para su constitución, organización y funcionamiento. Es así que la aplicación del derecho privado por entidades estatales se da porque el legislador así lo autoriza y solamente dentro de los límites o para los actos u operaciones que aquél establezca.

En segundo lugar debe advertirse que no se puede confundir la naturaleza jurídica de una entidad (pública o privada) con el régimen jurídico que en cada caso el legislador determine para las entidades que forman parte de su estructura y organización. Así lo ha aclarado el Consejo de Estado al estudiar, precisamente, la naturaleza jurídica de ciertas sociedades de carácter mixto:

“1. Precisión preliminar, diferencia entre naturaleza jurídica y régimen jurídico. Como lo manifiesta la apelante, las nociones de naturaleza jurídica y de régimen jurídico son diferentes, a esta conclusión se llega por la simple lectura del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, que indica que la estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende, entre otros aspectos, la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico; de manera que si bien son conceptos que pueden estar relacionados, no por ello se deben confundir o tomar por iguales. (...) De allí que sea posible que el régimen jurídico de algunas entidades públicas esté integrado por normas de derecho privado, sin que por esto se modifique su naturaleza jurídica”¹⁶ (Se resalta).

En este orden, la diferenciación entre entidades de derecho público y de derecho privado solamente a partir del régimen aplicable a sus actividades resulta insuficiente, particularmente cuando el uso de este criterio implica la exclusión injustificada de entidades que por su naturaleza forman parte de la estructura u organización del Estado.

16 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 1997-12642.

Su uso, por tanto, solo será posible cuando exista una voluntad expresa del legislador en ese sentido y ello no implique la violación de otras normas y principios constitucionales.

3) Desde la perspectiva del porcentaje de participación estatal: la regla de control o participación pública mayoritaria

De manera consistente la legislación ha acudido a un criterio adicional (no solo basado en la teoría organizacional del Estado o en el régimen de sus actos) para identificar lo que debe entenderse por entidad pública o estatal: la existencia o no de una participación pública mayoritaria (superior o por lo menos equivalente al 50%).

Este referente de participación mínima estatal para marcar una línea de diferenciación entre lo público y lo privado no es aleatorio. Se deriva de la lógica propia de funcionamiento de las sociedades y en particular de los elementos que permiten ejercer su control e incidir en las decisiones de la empresa:

*“El principio democrático –ampliamente respaldado por la Constitución– parte de la idea según la cual, ante la inexistencia de un consenso pleno, la mejor regla para la adopción de decisiones generales, cuando ello resulte necesario, es la regla de las mayorías. Esta regla se traslada al ámbito societario adjudicando a la mayoría de acciones, cuotas o partes de interés representadas en la Asamblea General, **la facultad de adoptar las decisiones más importantes para definir el rumbo pero también para controlar al ente social**. Así las cosas, corresponde al órgano más importante de la sociedad, aquel en el cual pueden estar representados todos los socios, resolver, por mayoría de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la correspondiente reunión, los conflictos que puedan existir entre los intereses individuales de los distintos socios y los del órgano social. En virtud de la aplicación de la llamada “democracia societaria” se configura entonces el interés colectivo y se adoptan las decisiones generales más importantes para la sociedad.*

*Ahora bien, en principio, el hecho de que el socio que tenga un mayor número de acciones, cuotas o partes de interés tenga mayor poder de decisión que el socio minoritario es perfectamente razonable en el ámbito societario. En efecto, al participar del contrato social el socio persigue fundamentalmente un ánimo de lucro y, en consecuencia, tendrá mayor interés entre mayor haya sido su aporte –representado en acciones, cuotas o partes de interés– a la sociedad. Adicionalmente, la doctrina ha entendido que las sociedades mercantiles y, en particular, las sociedades anónimas, son más una unión de capitales o aportes económicos que una asociación de personas. **En este sentido, es razonable que quien haya realizado mayores aportes tenga una mayor participación en la decisión de las cuestiones societarias pues es quien mayor riesgo o beneficio puede lograr a partir de las actividades mercantiles del ente social**¹⁷ (Se resalta).*

Así, un mayor porcentaje de participación accionaria tiene relevancia en aspectos tan importantes como la adopción de decisiones societarias (artículos 187¹⁸ y 427¹⁹ del Código de Comercio), la consideración de una empresa como subordinada de otra (artículo 261 *ibidem*, subrogado por el artículo 27²⁰ de la Ley 222 de 1995), la obligación de reportar los cambios de control en el caso de las SAS (artículo 16 de la Ley 1258 de 2008), etc.

Estas reglas operan también en el derecho comparado, como puede verse, por ejemplo, a nivel de la Comunidad Económica Europea, donde la Directiva 111/2006/CEE del 16 de noviembre de 2006²¹ define como “empresa pública”, cualquier empresa en la que los poderes públicos “puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen” (artículo 2º). Además la misma directiva presume que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente: “i) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa, o ii) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o iii) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa”²² (*ibidem*).

Por tanto, detentar al menos el cincuenta por ciento (50%) de participación accionaria dentro de una empresa refleja la posibilidad de ejercer, sin perjuicio de pactos especiales en contrario, un control societario sobre la empresa, que le otorga a su titular un *mínimo de influencia* dentro de ella. Así, cuando ese porcentaje de participación se encuentra en cabeza del Estado y este tiene la posibilidad de incidir en las decisiones de la respectiva organización, surgen razones suficientes para inclinarse a favor de su calificación como pública o estatal. Por el contrario cuando el Estado es apenas un socio minoritario dentro de la empresa y las decisiones de la misma dependen principalmente de la voluntad de los socios particulares mayoritarios²³, es lógico que la connotación de lo público se desvanezca.

No desconoce la Sala la realidad que existe en el derecho societario moderno de negociar a través de cláusulas o pactos especiales y al margen de los porcentajes de participación accionaria, el control decisorio o de dirección de la empresa. Sin embargo, más allá de ese tipo de estipulaciones especiales, lo cierto es que la existencia del mayor porcentaje de participación estatal en una empresa constituye un referente objetivo adoptado por el legislador para trazar una línea de diferenciación entre las diversas sociedades de participación mixta.

18 “Artículo 186. Lugar y quórum de reuniones. Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429”.

19 “Artículo 427. Quórum para deliberación y toma de decisiones. La asamblea deliberará con un número plural de personas que represente, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se exija un quórum diferente. Las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes, a menos que la ley o los estatutos requieran para determinados actos una mayoría especial”. (se resalta).

20 “Artículo 261. Presunciones de subordinación. Subrogado por el art. 27, Ley 222 de 1995. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de estas. (...)”

21 Relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. Esta directiva recoge a su vez la Directiva 80/723/CEE del 25 de junio de 1980 y sus modificaciones posteriores.

22 En el derecho español, esta directiva aparece transpuesta en la Ley 4/2007, en la cual “se definen las empresas públicas “como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”. (artículo 2.1). Al respecto puede verse Allí Aranguren, Juan-Cruz, Derecho Administrativo y Globalización, Garrigues-Thomson, p.229.

23 “(...) el accionista minoritario tiene también los deberes que le impone el hecho de haber decidido participar del contrato social, uno de los cuales es aceptar las decisiones de carácter general que por mayoría imponga la asamblea general para beneficiar a la sociedad, en los términos y dentro de las competencias que le asigna la ley y los estatutos de la sociedad”. (Sentencia C-707 de 2005).

Así, esta regla del 50% de participación pública como referente del carácter estatal o público de una entidad, aparece expresamente prevista en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, según el cual estarán sujetas al estatuto de contratación pública, además de los organismos que integran las diferentes ramas del poder público, “*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*”.

En el mismo sentido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación, así como “*las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%*” (artículo 104, párrafo).

Igualmente, en la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios se hace una diferencia entre las empresas mixtas de naturaleza pública y las de carácter privado, según exista o no una participación pública mayoritaria igual o superior al 50%:

“**Artículo 14** (...)”

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

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

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

De acuerdo con esta clasificación pueden considerarse entidades de derecho público *las entidades de servicios públicos oficiales*, pues en estas no hay intervención alguna de los particulares, así como **las empresas de servicios públicas mixtas**, es decir, aquellas con participación pública superior al 50%, cuya condición de entidades estatales o de derecho público ha sido aclarado suficientemente por la jurisprudencia:

“*Ahora bien, sin entrar en mayores consideraciones, por cuanto no es la controversia que debe resolver la Sala, la naturaleza jurídica de las **empresas prestadoras de servicios públicos mixtas es pública**, según lo definió la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007. Sin embargo, la referida condición no impide que el régimen jurídico aplicable a tales empresas incluya normas de derecho privado, verbigracia, el Código de Comercio, como se puede concluir de la lectura del citado artículo 19²⁴.*”

24 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 1997-12642. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 27 de noviembre de 2013, expediente 1996-08870, que ratifica auto del 3 de diciembre de 2008, expediente 2007-00070. Igualmente Sentencia del

Por el contrario deben ser consideradas *de carácter privado*, tal como también lo ha reiterado el Consejo de Estado²⁵, las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritaria de los particulares (superior al 50%).

Visto lo anterior, pasa la Sala a revisar cuál de los criterios analizados (organizacional, de régimen jurídico o de control empresarial) resulta compatible con el contenido y fines de la Ley 160 de 1994.

4) La expresión “entidades de derecho público” en el contexto del artículo 68 de la Ley 160 de 1994: aplicación del criterio basado en la existencia de una participación pública mayoritaria

Según se ha señalado hasta el momento, desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado, el concepto de “*entidad de derecho público*” refleja un vínculo del órgano o la entidad con el Estado y la sujeción a un mínimo de normas y principios que rigen la organización de las personas jurídico-públicas. Por tanto, es una expresión que agrupa a la generalidad de organismos y entidades creados por el Estado o con su autorización para el cumplimiento de sus fines, como es el caso, inclusive, de las sociedades de economía mixta o las entidades descentralizadas indirectas.

Sin embargo, también se acaba de indicar que el legislador tiene un amplio margen de configuración normativa en materia de organización estatal y que puede acudir a regímenes diferenciados para los distintos tipos de entidades estatales, lo que determina que en el contexto de cada ley se deba establecer el alcance de las expresiones *entidad estatal, pública o de derecho público*, con el fin de establecer si incluye o no a la generalidad de sociedades de economía mixta o solo a una parte de ellas, según el porcentaje de participación estatal.

Como se esbozó inicialmente, en el caso analizado el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 permite que las “*entidades de derecho público*” (primer inciso) y las privadas de tipo fundacional o asociativo (segundo inciso) sean adjudicatarias de bienes baldíos sobre los cuales se construiría o ampliaría la infraestructura de servicios públicos del país. Desde la perspectiva contraria (qué tipo de entidades están por fuera del marco de aplicación de la ley) puede decirse entonces que el legislador excluye a las *entidades de derecho privado que tengan ánimo de lucro*, las cuales, por tanto, no podrán solicitar la adjudicación regulada en este dispositivo legal.

En este escenario surge entonces la duda planteada por el organismo consultante sobre el alcance de la expresión “*entidades de derecho público*” contenida en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994, en particular, si es dable interpretar que aquella cobija a todas las empresas o

26 de mayo de 2011 (expediente 2003-00658), que a su vez reitera Sentencia del 1° de abril de 2009, expediente 2007-00075, en el cual se indicó: “De tal manera, la Sala insiste en su criterio de que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, posición que ha asumido en reiteradas ocasiones (...)”.

25 En el auto de 27 de noviembre de 2013 -expediente 1996-08870-, citando a su vez el auto de diciembre 3 de 2008 se señaló: “Pues bien, en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter privado, que son las que interesan para el caso que aquí se estudia dado que COLOMBIA MÓVIL S. A. E.S.P., participa de esa naturaleza, de conformidad con la definición consagrada expresamente por la Ley 142 de 1994 en su artículo 14, apartado 14.7, ha de concluirse que las mismas no forman parte del género de las entidades estatales y, por tanto, en relación con los contratos que las mismas celebren, además de regularse por el derecho común, deberá predicarse una naturaleza jurídica privada puesto que en modo alguno podrán tenerse como contratos estatales”.

sociedades de participación mixta o solamente a las que tienen un determinado porcentaje de participación estatal.

Para resolver este interrogante, la Sala observa que no se puede hacer una aplicación pura y simple del criterio orgánico (es entidad pública cualquier empresa o sociedad en que haya algún tipo de participación estatal), pues de acuerdo con lo revisado inicialmente no parece claro que el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 esté diseñado para facilitar la adjudicación de bienes baldíos a empresas o sociedades privadas con ánimo de lucro, lo que podría darse en el caso de entidades mixtas con predominio accionario de los particulares y baja participación estatal. Por tanto, asignar bienes baldíos de manera gratuita a entidades de naturaleza mixta en las que el Estado no tiene un mayor grado de injerencia y en las que el capital mayoritario es de naturaleza privada, sería discutible desde el punto de vista de la finalidad de la norma, dirigida, como ya se dijo y por vía de excepción, a facilitar el fortalecimiento de la infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos.

En segundo lugar, la expresión *entidad de derecho público* en el contexto de la Ley 160 de 1994 no podría interpretarse tampoco como equivalente a entidades que en el desarrollo de su objeto aplican “*derecho público*”, pues como se puntualizó anteriormente, no se debe confundir la naturaleza jurídica de las entidades (pública o privada) con el régimen jurídico aplicable a sus actos y operaciones. Además, por esa vía, la norma analizada perdería su eficacia, pues en el actual esquema constitucional y legal de los servicios públicos, las entidades estatales encargadas de su prestación lo hacen por regla general en régimen de competencia y conforme al derecho privado²⁶, de manera que, en la práctica, ninguna de ellas podría solicitar la adjudicación de bienes baldíos analizada, lo cual resulta contrario al propósito legislativo de facilitar la construcción, ampliación y fortalecimiento de la infraestructura estatal de servicios públicos. Además debe tenerse en cuenta que la Ley 160 de 1994 es posterior a la Constitución y a otras normas como la Ley 142 de 1994 (de servicios públicos domiciliarios), por lo que unas y otras deben armonizarse en lugar de excluirse.

Por tanto, la Sala considera que la definición de entidad de derecho público que mejor se acompasa con el contenido de la Ley 160 de 1994, es la que se basa en la existencia o no de un límite mínimo de participación pública del 50% como requisito indispensable para considerar que una entidad de naturaleza mixta puede solicitar la adjudicación de bienes baldíos establecida en el artículo 68 analizado. De esta forma no se excluye a la generalidad de empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta (destinatarias naturales de la norma en virtud del régimen constitucional de los servicios públicos), pero con el cuidado de no extender el alcance de la norma a formas empresariales con predominio de lucro privado.

En consecuencia, para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se entiende por *entidades de derecho público* todas aquellas entidades que forman parte de la estructura y organización del Estado, salvo aquellas de naturaleza mixta en las que los aportes estatales sean inferiores al 50%. Dicho de otro modo, solamente aquellas empresas o sociedades

26 Sentencia C-389 de 2002. En Sentencia C-558 de 2001 se dijo: “En este orden de ideas, en procura de los cometidos señalados por el artículo 365 y siguientes de la Constitución se expidió la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Esta ley dispuso en su artículo 32, como regla general, que la constitución y los actos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, independientemente del tipo empresarial de que se trate, esto es: empresa de servicios públicos oficial, mixta, privada o empresa industrial y comercial del Estado”.

mixtas con participación igual o superior al 50% de participación estatal podrán recibir en adjudicación bienes baldíos en los términos dispuestos en la Ley 160 de 1994.

Precisamente, la Sala llama la atención sobre el hecho de que la adjudicación analizada está vinculada por su finalidad al régimen de los servicios públicos, de modo que resulta particularmente relevante lo que en dicha legislación se ha entendido como entidad pública o privada a partir de la existencia o no de una participación pública mayoritaria, según se analizó anteriormente. Por tanto se trata de un criterio legal específicamente aplicable al caso, del cual no puede apartarse el intérprete.

5) Advertencia adicional: la condición resolutoria de la adjudicación y el deber de vigilancia del ente adjudicante en relación con la destinación del bien

Según se ha señalado, la adjudicación de bienes baldíos a entidades de derecho público (incluidas las empresas o sociedades con participación estatal igual o superior al 50%), solo puede tener por finalidad el desarrollo de actividades que hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública o interés social o la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, “*bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto²⁷ señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados revertirán al dominio de la nación*” (artículo 68).

Además, como se advirtió inicialmente, es necesario que los elementos objetivos (fines) y subjetivos (beneficiarios) de la adjudicación se mantengan en el tiempo como garantía de que los bienes adjudicados no terminen en manos de particulares o en usos distintos a los fijados por el legislador

Estas circunstancias de que la ley delimite con precisión el propósito de la adjudicación y la someta a una condición resolutoria en caso de que ese objetivo no se cumpla, denota que la disposición analizada tiene una fuerte vinculación con el interés general y la protección del patrimonio público, por los cuales debe velar la entidad encargada de la administración de los bienes baldíos de la nación.

En este sentido, el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 exige que:

(i) la solicitud de adjudicación esté justificada *en proyectos concretos y verificables* de instalación o dotación de servicios públicos o de actividades de interés general definidas por el legislador.

(ii) El destino del bien adjudicado no quede a libre arbitrio de la entidad pública adjudicataria; y

(iii) Se establezcan salvaguardas y mecanismos de verificación para que los bienes adjudicados mantengan en el tiempo su afectación a los fines legales.

²⁷ Mediante el Decreto Ley 2365 de 2015, publicado en el Diario Oficial n.º 49.719 de 7 de diciembre de 2015, “se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”. Según lo establece el artículo 38 del Decreto Ley 2363 de 2015 -por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras (ANT), se fija su objeto y estructura-, publicado en el *Diario Oficial* n.º 49.719 de 7 de diciembre de 2015: “*todas las referencias normativas hechas al Incora o al Incoder en relación con los temas de ordenamiento social de la propiedad rural deben entenderse referidas a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) (...) PARÁGRAFO. Las referencias normativas consignadas en la Ley 160 de 1994, y demás normas vigentes, a la Junta Directiva del Incora, o al Consejo Directivo del Incoder, relacionadas con las políticas de ordenamiento social de la propiedad, deben entenderse referidas al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras (ANT)*”.

Por tanto, la Sala observa que la actuación de la entidad adjudicante no se agota con el acto de adjudicación, sino que se extiende más allá de ese momento, **transformándose en un deber de vigilancia y seguimiento sobre la adecuada utilización del bien adjudicado**. Consecuencia de lo anterior, la entidad adjudicante tendrá el deber de asegurar, luego de la adjudicación:

(i) que el bien se destinó efectivamente al propósito para el cual fue adjudicado, y

(ii) que el bien adjudicado mantendrá su destinación y no será utilizado posteriormente para fines diferentes a los señalados por el legislador.

Así las cosas, en el acto de adjudicación debe quedar establecido de manera expresa que cualquiera de estas circunstancias dará lugar a la ocurrencia de la condición resolutoria y, por ende, al retorno de los bienes al patrimonio de la Nación (en caso de que el dominio del bien se hubiere transferido a la entidad pública adjudicataria). En el mismo sentido, deben incluirse las obligaciones de la entidad pública beneficiaria de acreditar el destino dado a los bienes, de rendir informes periódicos sobre su uso y de permitir la comprobación de esas circunstancias en cualquier tiempo.

De otra parte se tendrá que verificar, de conformidad con el Plan General de Contabilidad Pública, la forma en que la entidad adjudicante mantendrá en su contabilidad el registro de los bienes adjudicados en virtud del artículo 68 analizado –que podría ser a través de *cuentas de orden contingentes acreedoras o de control*²⁸–, de manera que se garantice el seguimiento y vigilancia a que se ha hecho referencia anteriormente.

Finalmente, la Sala advierte que el bien baldío adjudicado deberá ser estimado económicamente dentro de los activos de la empresa o entidad pública receptora, de modo que su valor sea recuperado en alguna forma si el Estado llegase a vender posteriormente su participación en ella.

6) Análisis de las posibilidades de adjudicación a las empresas indicadas en la consulta

Con base en lo que se ha expuesto, la Sala observa lo siguiente en relación con las tres (3) empresas sobre las cuales recae la consulta:

(i) Ecopetrol

En primer lugar cabe señalar que la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución se encuentra declarada como de utilidad

28 “9.1.5 Normas técnicas relativas a las cuentas de orden (...) 309. Las cuentas de orden deudoras y acreedoras contingentes registran hechos, condiciones o circunstancias existentes, que implican incertidumbre en relación con un posible derecho u obligación, por parte de la entidad contable pública. Estas contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas, tratándose de las cuentas de orden deudoras contingentes y eventuales o remotas, tratándose de las cuentas de orden acreedoras contingentes. En ambos casos, dependiendo de la probabilidad de su ocurrencia, determinada con base en la información disponible (...) 311. Las cuentas de orden deudoras y acreedoras de control reflejan las operaciones que la entidad contable pública realiza con terceros pero no afectan su situación financiera, económica, social y ambiental, así como las que permiten ejercer control sobre actividades administrativas, bienes, derechos y obligaciones. Las cuentas de orden deudoras y acreedoras de control clasifican los bienes propios o de terceros y los derechos y compromisos sobre los cuales se requiere realizar seguimiento y control”. (Plan General de Contabilidad Pública, disponible en www.contraduria.gov.co.)

pública según el artículo 4º del Código de Petróleos²⁹. Por tanto, se trata en principio de una industria cobijada por el ámbito de aplicación del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 que, como se dijo, se refiere a *“obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, o cuyas actividades hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social”*.

En segundo lugar, en relación con el objeto y composición accionaria de Ecopetrol se observa lo siguiente:

- Mediante el Decreto Extraordinario 1760 de 2003 el objeto de Ecopetrol fue circunscrito a la exploración y explotación comercial, en régimen de competencia, de (i) las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003; (ii) las que hasta esa fecha estén siendo operadas directamente y (iii) las que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) (artículo 34)³⁰.

Adicionalmente, Ecopetrol quedó facultada para desarrollar actividades comerciales de (i) refinación, procesamiento y cualquier otro proceso industrial de los hidrocarburos y sus derivados; (ii) distribución, transporte y almacenamiento de hidrocarburos, sus derivados y productos; (iii) comercialización nacional e internacional de gas natural, de petróleo, sus derivados y productos y (iv) la realización de *“cualquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores”* (ibídem).

Además, por virtud del mismo Decreto 1760 de 2003, Ecopetrol pasó de ser empresa industrial y comercial del Estado a *“sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía”*, con posibilidad de *“establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior”* (artículo 33)³¹.

- Posteriormente, la Ley 1118 de 2006 permitió la colocación en el mercado privado de un 20% de las acciones de la empresa (artículo 2º)³², con base en lo cual previó su transformación en *Sociedad de Economía Mixta* vinculada al Ministerio de Minas y Energía:

“Artículo 1o. Naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata

29 En concordancia con el artículo 13 del Código de Minas: *“Artículo 13. Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases (...)”*.

30 La función de administración de los hidrocarburos de la Nación fue escindida de ECOPETROL y trasladada a otra entidad de conformidad con el artículo 1º del mismo Decreto 1760 de 2003: **“Artículo 1º. Escisión. Escíndese de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación y la administración de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades, en los términos que se establecen en el presente decreto”**.

31 Inicialmente, el Decreto 30 de 1951 creó la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) como una *empresa oficial* encargada de la administración y explotación de los campos petrolíferos, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento, y en general, de todos o parte de los bienes muebles e inmuebles que revirtiera al Estado de acuerdo con las leyes y contratos vigentes sobre petróleo. Posteriormente, el Decreto 62 de 1970, por el cual se aprobaron sus estatutos, definió a Ecopetrol como una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que *“en su organización interna y en sus relaciones con terceros continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil (...) conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos”*. La condición de empresa industrial y comercial del Estado de Ecopetrol es ratificada en el Decreto 1209 de 1994 (por el cual se aprueban sus nuevos estatutos), en el que se mantiene su objeto social y se dispone que en su organización interna y en sus relaciones con terceros *“continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos, salvo las excepciones consagradas en la ley”* (artículo 1º).

32 “Artículo 2º. Capitalización de Ecopetrol S. A. En el proceso de capitalización autorizado en el artículo 1º de esta ley, se garantizará que la Nación conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación, con derecho a voto, de Ecopetrol S. A.”

la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior”.

De conformidad con lo anterior, Ecopetrol es actualmente una *sociedad de economía mixta con participación estatal superior al 50%*, que desarrolla actividades de exploración, explotación, refinación, transporte, comercialización y distribución de hidrocarburos, las cuales, como se indicó inicialmente, han sido declaradas de utilidad pública por el legislador.

Por tanto Ecopetrol puede solicitar de manera justificada y con sujeción a las condiciones y fines anteriormente expuestos, la adjudicación de baldíos prevista en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994.

(ii) Cenit SAS

La creación de esta empresa responde al ejercicio de la facultad conferida a Ecopetrol en el artículo 1º de la Ley 1118 de 2006 de “establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior”.

Según sus estatutos³³, Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos SAS es “una sociedad comercial, del tipo de las sociedades por acciones simplificada, de economía mixta, de nacionalidad colombiana, constituida bajo las leyes de la República de Colombia” (artículo 1º). Su objeto social es el transporte y/o almacenamiento de hidrocarburos, sus derivados, productos y afines, a través de sistemas de transporte y/o almacenamiento propios o de terceros en la República de Colombia o en el exterior (artículo 3º). Según indica la consulta, el único accionista de esta empresa es Ecopetrol S. A.

Se trata por tanto de una entidad descentralizada indirecta de carácter mixto que, al pertenecer a Ecopetrol, exhibe el mismo porcentaje de participación pública y privada de la empresa matriz, esto es una participación pública superior al 50%. Por tanto y como quiera que también desarrolla una actividad declarada de utilidad pública (el transporte de hidrocarburos), se le aplica la misma consecuencia señalada para Ecopetrol en cuanto a la posibilidad de ser adjudicataria de bienes baldíos en los términos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994.

(iii) Isagén S. A. ESP

De acuerdo con sus estatutos³⁴, Isagén S. A. ESP está constituida como sociedad anónima, de carácter comercial, sometida al régimen jurídico establecido en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 2º). Su objeto es la generación y comercialización de energía eléctrica, la comercialización de gas natural por redes, así como la comercialización de carbón, vapor y otros energéticos de uso industrial (artículo 5º).

33 www.cenittransporte.com

34 E escritura Pública 678 del 2 de marzo de 2016 disponible en www.isagen.com.co

En cuanto a su naturaleza jurídica, los mismos estatutos de la entidad señalan que Isagén S. A. es una *empresa de servicios públicos mixta*, lo que indicaría, según las definiciones de la Ley 142 de 1994 anteriormente revisadas, que la participación estatal en la empresa estaría entre el 50 y el 90%.

No obstante, según la información pública disponible en su sede electrónica, la composición accionaria de Isagén a 31 de marzo de 2016 no corresponde realmente a la de una empresa de servicios públicos mixta esa situación, en la medida que la participación estatal es inferior al 16% (se resalta la participación estatal):

Tipo ID	Identificación accionista	Nombre accionista	Acciones	% de participación
NIT	9008383583	BRE Colombia Investments L.P.	1.570.490.767	57,61%
NIT	8909049961	Empresas Públicas de Medellín ESP	358.332.000	13,14%
NIT	8002248088	Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir Moderado	158.428.302	5,81%
NIT	8002297390	Fondo de Pensiones Obligatorias Protección Moderado	99.942.705	3,67%
NIT	8999990823	Empresa de Energía de Bogotá S. A. ESP	68.716.000	2,52%
NIT	8002279406	Fondo de Pensiones Obligatorias Colfondos Moderado	44.796.412	1,64%
NIT	8002530552	Old Mutual Fondo de Pensiones Obligatorias - Moderado	31.694.331	1,16%
NIT	9004402831	Fondo Bursatil Isha-res Colcap	17.281.964	0,63%

Tipo ID	Identificación accionista	Nombre accionista	Acciones	% de participación
NIT	8002530552	Old Mutual Fondo de Pensiones Voluntarias	14.076.368	0,52%
NIT	8001700437	Fondo de Cesantías Porvenir	13.214.431	0,48%
NIT	9003320031	Vanguard Emerging Markets Stock Index Fund	12.831.781	0,47%
NIT	9004255071	TerraFirma Securities Holdings LLC	10.641.475	0,39%
NIT	9003519541	Vanguard Total International Stock Index Fund	8.552.296	0,31%
NIT	9003798964	Fondo de Pensiones Obligatorias Protección Mayor R	7.906.501	0,29%
CC	1094204	Cubides Olarte Henry	6.300.896	0,23%
NIT	9003799210	Fondo de Pensiones Obligatorias Protección Retiro	6.264.182	0,23%
NIT	9008033504	Bancard International Investment INC	6.207.274	0,23%
NIT	9003949600	Fondo Especial Porvenir de Retiro Programado	5.739.362	0,21%
NIT	8001704945	Fondo de Cesantías Protección - Largo Plazo	5.634.742	0,21%

Tipo ID	Identificación accionista	Nombre accionista	Acciones	% de participación
NIT	8001704945	Fondo Cesantías Protección - Corto Plazo	5.342.895	0,20%
Otros Accionistas			273.677.316	10,04%
TOTAL			2.726.072.000	100,00%

De acuerdo con lo anterior Isagén S. A. ESP es actualmente *una empresa de servicios públicos privada*³⁵, por lo cual, conforme se ha dejado expuesto, no puede beneficiarse de la adjudicación de bienes baldíos prevista en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994.

D. Lo que debe entenderse por “Construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos”

El organismo consultante pregunta también el alcance que debe darse a la expresión “*construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos*” del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 que se ha venido analizando. Esta expresión, como se dijo anteriormente, delimita el objeto de las adjudicaciones que pueden hacerse a favor de entidades de derecho público y determina deberes especiales de control y seguimiento por parte de la entidad que hace la adjudicación.

Para su análisis la Sala dividirá la expresión analizada en dos partes: (i) “*construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de...*”; y (ii) “*servicios públicos*”

1. Lo que debe entenderse por “construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de...”

En relación con la primera parte del enunciado (*construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación*) la Sala considera que deben tenerse en cuenta al menos dos aspectos:

- Por una parte, el sentido natural y obvio de las palabras de la ley, de acuerdo con la regla de interpretación contenida en la primera parte del artículo 28 del Código Civil. Así, según la Real Academia de la Lengua³⁶:

(i) **construcción** es acción y efecto de construir; y construir es “*hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública*”;

35 Ley 142 de 1994: “Artículo 14 (...) 14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

36 www.rae.es.

(ii) **obra** es “cosa hecha o producida por un agente (...) edificio en construcción (...) lugar donde se está construyendo algo”;

(iii) **infraestructura** se define como “obra subterránea o estructura que sirve de base de sustentación a otra (...) conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera”;

(iv) **instalación** es la acción y efecto de instalar; e instalar es *poner o colocar en el lugar debido a alguien o algo (...) colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar; como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc.*; y

(v) **Dotación** es “acción y efecto de dotar (...) sulo destinado a un determinado uso, especialmente al de instalaciones públicas”; y dotar es “equipar, proveer a una cosa de algo que la mejora”.

Desde esta perspectiva la expresión “construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación” de servicios públicos, indica que los bienes baldíos que se adjudiquen a las entidades de derecho público deben ser necesarios para edificar, montar, construir, ampliar o dar continuidad a estructuras, instalaciones, redes o dotaciones necesarias para satisfacer necesidades de interés general que han sido sometidas por la Constitución o la ley al régimen de los servicios públicos.

- En segundo lugar y como quiera que los servicios públicos se encuentran regulados por la ley (artículo 365 C. P.), el sentido natural y obvio de la expresión analizada debe ser complementado en cada caso de acuerdo con el régimen propio de cada servicio público, a la luz de lo cual pueden adquirir un significado especial y más concreto. Así por ejemplo, los conceptos de *obra, infraestructura, instalación o dotación* pueden ser distintos en el sector transporte (ligados a los medios necesarios para integrar físicamente al país, artículo 12³⁷ de la Ley 105 de 1993), en el sector de energía eléctrica (referidos a las obras y elementos necesarios para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad, artículos 5 y 11 de la Ley 143 de 1994), en el sector de telecomunicaciones (relacionados con las redes, equipos de transmisión y espacio electromagnético, artículos 2 y 10 de la Ley 1341 de 2009), etc.

Por tanto, la autoridad encargada de la adjudicación del bien baldío deberá verificar en cada caso el uso que se vaya dar al bien y su relación directa con las necesidades de *construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación* del servicio público que cumpla de manera específica la entidad pública beneficiaria.

37 “Artículo 12. Definición e integración de la infraestructura de transporte a cargo de la nación. Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País, y de este con los demás países”.

2. Lo que debe entenderse por “servicios públicos”

Respecto de la segunda parte de la expresión analizada, esto es, lo que en el contexto de la Ley 160 de 1994 debe entenderse por “servicios públicos”, la Sala observa que si bien la Constitución Política no define este término, si se refiere a su régimen jurídico en el Capítulo V del Título XII, artículos 365 a 370, que se ocupa de la “Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos”.

Según estas disposiciones constitucionales los servicios públicos (i) son inherentes a la finalidad social del Estado; (ii) su prestación eficiente a todos los habitantes debe ser garantizada por el Estado; (iii) su régimen jurídico será el que determine la ley; (iv) pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares; (v) son objeto de regulación, control y vigilancia por parte del Estado; y (vi) su explotación puede ser reservada de manera exclusiva al Estado, previa indemnización a los particulares que estuvieran ejerciendo la respectiva actividad de manera lícita (artículo 365). También se señala que dentro de los fines estatales de bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población será objetivo fundamental la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (artículo 366). Asimismo se le asigna a la ley la función de fijar las competencias y responsabilidades para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad, financiación y el régimen tarifario, y se establece que los municipios asumirán su prestación cuando las características técnicas y económicas del servicio y el interés general así lo aconsejen (artículo 367). Además se permite la concesión de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (artículo 368), se difiere a la ley la fijación del régimen de deberes y derechos de los usuarios (artículo 369) y se le asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la función de inspección, control y vigilancia sobre las entidades prestadoras de tales servicios (artículo 369).

De otro lado, la Constitución Política califica como servicios públicos la salud y el saneamiento ambiental, la educación y el servicio de notariado y registro (artículos 49, 67 y 131, respectivamente); los artículos 150 numeral 23 y 189 numeral 22 *ibídem*, ratifican las competencias del Congreso de la República para expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos y del Presidente de la República para ejercer su inspección y vigilancia; el artículo 56 garantiza la huelga salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador; el artículo 86 difiere al legislador la función de señalar en qué casos procede la acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público; el artículo 106 consagra el derecho de los habitantes de las entidades territoriales a tener representantes en las empresas de servicios públicos de la respectiva corporación territorial; los artículos 289, 302, 311 y 319 se refieren a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos; el artículo 334 permite la intervención del Estado en los servicios públicos con el fin de racionalizar la economía y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo *al conjunto de los bienes y servicios básicos*; los artículos 356 y 357, relativos al Sistema General de Participaciones y la distribución de competencias, servicios y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, indican que los recursos asignados a los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, con prioridad por el servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

Por tanto, al ser los “*los servicios públicos*” actividades sujetas a un régimen constitucional y legal especial y a la regulación y supervisión del Estado³⁸, la Sala considera que en el contexto del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 analizado, solo pueden entenderse incluidos en esa expresión:

- (i) los servicios públicos definidos como tales por la Constitución y
- (ii) las demás actividades a las cuales la ley les haya dado expresamente ese carácter.

En consecuencia, no se podrá acudir a definiciones doctrinarias o materiales para considerar *servicios públicos* y beneficiar con la adjudicación de baldíos a entidades o personas jurídicas que cumplan actividades distintas de aquellas a las que la propia Constitución o la ley les han dado esa condición. Como se dijo, el artículo 68 de la Ley 136 de 1994 debe ser analizado de manera restrictiva, de modo que se priorice la destinación principal de los bienes baldíos y no haya una disposición indebida de esos bienes públicos.

Cabe aclarar en todo caso, dadas las actividades que presta una de las entidades sobre las cuales se consulta, que, lógicamente, dentro del concepto de *servicio público* caben *los servicios públicos domiciliarios*, los cuales son una especie de los primeros.³⁹

“La noción de servicios públicos es amplia y comprende la categoría especial de los servicios públicos domiciliarios, sobre los cuales ya la Corte se ha ocupado en varias oportunidades y los ha definido como “*aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas*”⁴⁰

En consecuencia también son servicios públicos a la luz del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, los definidos en la Ley 142 de 1994, esto es, los de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural (artículos 1º y 14-21), así como *las actividades complementarias a tales servicios*, a los cuales la misma Ley 142 les extiende la condición de servicios públicos⁴¹.

38 Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado: “De los postulados consagrados en los artículos 365 a 370 de la Constitución, pueden deducirse estas características en relación con los servicios públicos: tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales”. (Sentencia C-389 de 200. También se ha señalado por la jurisprudencia que los servicios públicos “son actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda” (Sentencia C-075 de 1997). Ver también Sentencia C-037 de 2003 que hace un estudio detenido de la noción de “servicio público” para diferenciarlo del concepto de “función pública. Igualmente Sentencia C-473 de 1994 que diferencia entre servicios públicos y servicios públicos esenciales.

39 Ver también Sentencia C-378 de 2010 que declaró inexecutable la expresión “domiciliarios” del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 en cuanto limitaba la posibilidad de ejercer la acción de tutela contra los particulares que prestaran cualquier tipo de servicio público y no solamente los domiciliarios.

40 Sentencias C-041 de 2003.

41 “Artículo 14.20 Servicios públicos. Son todos los *servicios y actividades complementarias* a los que se aplica esta Ley (...). A su vez el artículo 14.2 define actividad complementaria “14.2 Actividad complementaria de un servicio público. Son las actividades a las que también se aplica esta Ley, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades”. (se subraya).

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

1. *Para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, ¿qué se entiende por “entidades de derecho público” y por “instalación o dotación de servicios públicos”?*

Para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se entiende por *entidades de derecho público* todas aquellas entidades que forman parte de la estructura y organización del Estado, salvo aquellas de naturaleza mixta en las que los aportes estatales sean inferiores al 50%.

En cualquier caso la solicitud de adjudicación debe estar justificada *en proyectos concretos y verificables* de instalación o dotación de servicios públicos o de actividades que hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social. Además, como quiera que el destino del bien adjudicado y sus posibles usos está definido por la ley y no queda al libre arbitrio de la entidad pública adjudicataria, la entidad que hace la adjudicación está especialmente obligada a:

(i) Hacer seguimiento sobre la adecuada utilización del bien adjudicado.

Hacer efectiva la condición resolutoria si el bien adjudicado no se destina efectivamente al propósito para el cual fue adjudicado o si posteriormente se cambia su uso a fines diferentes a los señalados por el legislador.

En cuanto al significado de la expresión *“instalación y dotación de servicios públicos”*, esta debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, como las acciones de edificar, montar, construir, ampliar o dar continuidad a estructuras, instalaciones, redes o dotaciones necesarias para satisfacer necesidades de interés general que han sido consideradas por la Constitución o la ley como servicios públicos. Para su aplicación deberá tenerse en cuenta además lo que respecto de cada servicio público señalen las leyes que lo regulan.

2. *¿Las sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% pueden ser sujetos de adjudicación de predios baldíos, cuando se den los supuestos establecidos en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994?*

3. *¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90%?*

4. *¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% y con participación en la creación de la filial por parte de personas privadas?*

Pueden ser objeto de adjudicación de bienes baldíos en los términos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 las sociedades o empresas de economía mixta con capital público igual o superior al 50%, o las filiales de estas siempre que en las mismas exista también una participa-

ción estatal mayoritaria. Por lo mismo, también pueden serlo las entidades descentralizadas indirectas o las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%, siempre que en tales filiales o subsidiarias también exista una participación pública mayoritaria.

5. ¿Son específicamente sujetos de adjudicación de predios baldíos Isagén S. A. ESP, Ecopetrol S. A. y Cenit SAS?

Con las limitaciones y condiciones señaladas en la primera respuesta, Ecopetrol S. A. y Cenit SAS pueden ser beneficiarios de la adjudicación de baldíos prevista en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994, dado que tienen una participación estatal mayoritaria y desarrollan una actividad declarada de utilidad pública por el legislador.

Por el contrario, Isagén S. A. ESP no puede solicitar esa adjudicación de bienes baldíos, en la medida que si bien tiene por objeto la prestación de servicios públicos, la participación pública es minoritaria y por virtud de ello es considerada por la ley como una empresa de servicios públicos privada.

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.

Naturaleza de los recursos públicos provenientes del registro mercantil recaudados por las cámaras de comercio y destinación que debe dárseles

Radicado 2080 y 2025 AD

Fecha: 03/10/2012

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 19 de octubre de 2016

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo consulta a la Sala acerca de la naturaleza jurídica de los recursos provenientes de la función pública del registro mercantil que ha sido asignada por la ley a las cámaras de comercio y sobre la destinación que se les debe dar. El Ministro informa que la consulta también se eleva por petición expresa de la Contraloría General de la República.

I. Antecedentes

La consulta cita in extenso el Concepto 2025 del 8 de septiembre de 2011, y refiere con detalle las funciones de las Cámaras de Comercio, descritas en el artículo 86 del Código de Comercio, así como en los decretos reglamentarios 1520 de 1978, artículo 5, y 828 de 2002, artículo 10.

Alude también al artículo 23 de la ley 905 de 2004, el cual dispone que previa concertación entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y las Cámaras de Comercio se “...*buscará que parte de los recursos que reciben o administran las Cámaras por concepto de prestación de servicios públicos delegados se destine a cubrir parte de la financiación de los programas de desarrollo empresarial que ejecuta y coordina el Ministerio, con el fin de complementar los recursos de Presupuesto General de la Nación*”.

Destaca que, además de las funciones previstas en las normas citadas, las leyes 23 de 1991; 80 de 1993, artículo 22, reformado por el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007; 222 y 223 de 1995, así como el decreto ley 2150 de 1995, artículo 43, asignaron “*funciones públicas a las cámaras de comercio (...) sobre las cuales se debe procurar una fuente de financiación para la adecuada ejecución de la función pública...*”.

Indica que el artículo 124 de la ley 6a de 1992 señaló como función del Gobierno nacional fijar el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-144 de 1993, en donde se hace “*un desarrollo de este desde el concepto de tasa. Asimismo, este concepto fue ratificado en la sentencia C-167 de 1995*”.

Manifiesta que, no obstante lo expuesto en tales providencias, la “*más reciente jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia de las demás funciones asignadas a las*

cámaras de comercio”, para lo cual cita la sentencia C-277 de 2006 de la Corte Constitucional. Agrega que también resulta pertinente analizar el contenido de la sentencia C-909 de 2007.

La consulta también alude a los decretos reglamentarios 1259 de 1993 y 4698 de 2005, relativos al destino y contabilización de los ingresos que reciben las cámaras de comercio, para lo cual transcribe el artículo 1° de cada uno de ellos.

Manifiesta el señor Ministro que en el marco normativo y jurisprudencial que cita: “...se define que las cámaras de comercio cumplen otras funciones consagradas en leyes y decretos y no solo las relativas al registro mercantil, resulta de la mayor pertinencia determinar la naturaleza de los dineros recaudados por concepto de registro mercantil y si los mismos pueden ser destinados al cumplimiento de las funciones en general asignadas a las cámaras de comercio o exclusivamente deben ser empleadas para efectos de cumplir la función de registro mercantil de que trata el artículo 86, numeral 3 del Código de Comercio”.

Con base en lo expuesto, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de los recursos recaudados por concepto de registro mercantil por parte de las cámaras de comercio? ¿Se trata de una tasa, una contribución o tienen una naturaleza diferente?*

2. *Con independencia de la respuesta dada al primer interrogante, ¿pueden los recursos recaudados por concepto de registro mercantil por parte de las cámaras de comercio ser utilizados para el cumplimiento de todas las funciones asignadas legal o reglamentariamente a estas o por el contrario, solo pueden utilizarse para el cumplimiento de la función de registro mercantil?*

3. *La posición jurisprudencial definida por la Corte Constitucional en sus sentencias C-144 de 1993 y C-167 de 1995, varió a partir de lo señalado en la sentencia C-277 de 2006? De ser afirmativa la respuesta, ¿en qué puntos varió?*

4. *¿Los decretos 1259 de 1993 y 4698 de 2005 facultan a las cámaras de comercio para emplear los recursos obtenidos con ocasión de la función pública de registro mercantil para el cumplimiento de todas las funciones que legal o reglamentariamente le sean asignadas?*

5. *¿Los remanentes del presupuesto anual de ingresos y gastos de las cámaras de comercio a que hace referencia el artículo 3° del Decreto 4698 de 2005, pueden ser empleados para el cumplimiento de todas las funciones que legal o reglamentariamente les sean asignadas o solo de aquellas que se relacionan con la función de registro mercantil?”*

Con posterioridad a la consulta se radicó por parte del Ministro de Comercio, Industria y Turismo (e), el 11 de enero de 2012, un escrito complementario en el cual no se formulan nuevos interrogantes, toda vez que su propósito, como textualmente allí se manifiesta, es someter a consideración de la Sala “*el contexto integral que a manera de soporte fáctico y jurídico constituye los antecedentes y consideraciones del tema objeto de dicha consulta*”.

Finalmente, el 3 de octubre de 2012 se celebró una audiencia con el Director de Regulación de ese ministerio, en la que se presentaron estudios realizados por consultores externos

relativos a la naturaleza y destino de los recursos percibidos por las cámaras de comercio provenientes del registro mercantil.

El primero de ellos fue expuesto por el Dr. Mauricio Plazas Vega, quien en lo relacionado con las preguntas formuladas en la consulta, manifiesta que el tributo “*que recaudan las cámaras de comercio corresponde a una contribución especial por servicios impuestos*”, tesis que sustenta en la interpretación de normas legales como la Ley 905 de 2004 y el decreto ley 019 de 2012, así como en abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional que cita en su estudio.

En cuanto al destino de las “*contribuciones especiales*” mencionadas expone que “no hay una generación individual de ingreso por cada actividad o función de tipo público que desarrollan las Cámaras de Comercio sino que, en general, los ingresos de naturaleza pública que perciben por la vía de las ‘*contribuciones especiales*’, están vinculados a la generalidad de las actividades que allí se comentan, las cuales concurren para conformar esa visión integral de servicio público que se les atribuye y que está estrechamente relacionada con los actos registrales que obran como determinantes de la causación del tributo” (Negrilla y cursiva textual).

Seguidamente realiza una detallada relación de las funciones públicas, de interés o servicio público impuestas por la ley a las cámaras de comercio, y sobre este aspecto en el capítulo de conclusiones señala que es procedente “la definición del destino de los recursos provenientes de las contribuciones especiales a las actividades de naturaleza pública que desarrolle la Cámara de Comercio pero apreciados en un todo; esto es, de manera integral y sin que ningún contribuyente sufrague, en términos absolutos y relativos, más que otro” (Paréntesis y cursivas suplidas).

El segundo estudio fue presentado por la doctora Lucy Cruz de Quiñónez. Sobre la naturaleza de los ingresos legalmente previstos a favor de las cámaras de comercio sostiene, luego de analizar los artículos 93 del Código de Comercio, 124 de la ley 6 de 1992, 23 de la ley 905 de 2004 y 166 del decreto ley 019 de 2012, que la “dualidad de los ingresos es clara: i) por un lado las tarifas, derechos o tasas administrativas ‘relacionadas’ al registro por matrículas, renovaciones e inscripciones así como al valor de los certificados que se expidan, recursos de naturaleza pública que se manejan por fuera del presupuesto nacional y se entregan por la ley a la entidad privada para su gestión, ii) por otro, las cuotas de afiliación o sostenimiento que deben sufragar quienes voluntaria y espontáneamente quieran acceder a mayores beneficios de las cámaras”.

Sobre los primeramente mencionados agrega que “...como ya se ha expuesto, una nota característica de los ingresos denominados *derechos* es que corresponden a la categoría constitucional de las tasas, especie del género tributo, provienen de ley, que en este caso impone a los empresarios una prestación pecuniaria con una finalidad pública...”.

Más adelante precisa que “...La ley no autoriza que los recursos se trasladen o desvíen a otros propósitos a favor del presupuesto general de la Nación a la que no le pertenecen, según las voces del artículo 93 del código de comercio ya citado. Tampoco se autoriza su uso

a otros propósitos no públicos camerales puesto que se desnaturalizaría, en ambos casos la destinación al órgano ejecutor del servicio o función”.

Ahora bien, en cuanto al alcance de su destinación, aduce que la tasa está “afecta al servicio, entendiendo este cada vez con mayor amplitud, acorde con todas las funciones públicas que leyes recientes le obligan a financiar con los mismos recursos”.

Y a título de conclusión expone: “En línea con lo establecido anteriormente, el tributo no retribuye exclusivamente el costo hora – hombre de inscribir el acto en el registro sino todas las tareas de publicidad, información y difusión que el registro lleva aparejadas, que resultan útiles al usuario y al propio Estado, de manera que no resulta útil pensar solo en el costo del servicio individual como una réplica del mercado, cuando se aprecia que una base patrimonial o de activos del sujeto obligado no estima el costo del servicio así entendido: por el contrario, tiene componentes típicamente solidarios, que se admiten, aunque con reservas, en la formación de los llamados ‘tributos vinculados al servicio’”. La doctora Lucy Cruz de Quiñonez finaliza su estudio afirmando que dicha tasa se debe calificar, dada la evolución de esa noción, no como “simple” sino como “especial o compleja”.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

A. Los recursos de origen público que perciben las Cámaras de Comercio provenientes de la función de llevar el registro mercantil y su destinación. Reiteración de la doctrina de la Sala

En el concepto 2025 del 8 de septiembre de 2011¹, la Sala realizó un estudio pormenorizado de los dineros fiscales que perciben las cámaras de comercio por la función de “...Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, como se prevé en este código...”, función a ellas atribuida por el artículo 86 numeral 3 del Código de Comercio.

Se concluyó en esa oportunidad que, dentro de la tipología que trae el artículo 338 de la Constitución Política, tales recursos tienen un carácter tributario a título de tasa y, por lo mismo, tienen como único destino constitucional y legalmente establecido la recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación del servicio público de registro mercantil, tesis que se ratifica en esta oportunidad, toda vez que no existe sustento normativo o jurisprudencial alguno que permita sustentar una conclusión diferente. En efecto, las normas analizadas en dicha oportunidad no han sido modificadas o derogadas, y la línea jurisprudencial examinada y descrita en el aludido concepto tampoco ha sufrido variaciones.

Ahora, con el fin de absolver la consulta, la Sala realizará una síntesis de las razones que en su momento le permitieron sustentar las conclusiones expuestas en el concepto 2025, y las confrontará con la jurisprudencia (C-277 de 2006 y C-909 de 2007 de la Corte Constitucional) que se cita en la solicitud en referencia, presentada por el señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo.

¹ Publicación autorizada el 24 de noviembre de 2011.

1. Síntesis de la posición de la Sala en el concepto 2025 de 2011

Al estudiar en dicho Concepto la función de las cámaras de comercio de llevar el registro mercantil (artículo 86, num. 3 C. Co.) y el artículo 93 C. Co, cuyo numeral 1 establece que son ingresos ordinarios para las cámaras “*El producto de los derechos autorizados por ley para las inscripciones y certificados*”, destacó la Sala que, a juicio de la Corte Suprema de Justicia,² dichos ingresos constituyen dineros fiscales “*producto de la actividad impositiva del Estado*”.

Al analizar la Sala el artículo 124 de la ley 6a de 1992³, norma expedida con posterioridad a la Constitución de 1991, constató que establece los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, así como las tarifas que deben sufragarse a favor de las cámaras de comercio “*por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones*”.

La Sala hizo énfasis en que tanto el artículo 93 como el 124 citados en precedencia se refieren a los “*derechos*” a favor de las cámaras de comercio, locución técnica que en la hacienda pública equivale a tasa de acuerdo con jurisprudencia consolidada y autorizada doctrina.⁴

Por su parte la Corte Constitucional, como se señala en el concepto 2025, al revisar en la sentencia C-144 de 1993 la constitucionalidad del artículo 124 de la ley 6a de 1992 y declararlo exequible, sostuvo que el desempeño de un servicio o función pública por un particular no “*impide al Legislador sujetar dicha actividad o servicio a un sistema tributario de tasa, máxime si este resulta ser el único adecuado e idóneo para ese propósito*”. Y en relación con la retribución que a las Cámaras de Comercio pagan los usuarios por concepto del servicio recibido, esto es, la tarifa, declaró sin vacilación la Corte Constitucional que “*debe orientarse a la recuperación del costo del servicio*”.

No sobra mencionar que el artículo 124 de la ley 6a de 1992 es la norma vigente en relación con el tributo allí contenido, y que la mencionada decisión judicial se encuentra ejecutoriada y, por lo mismo, resulta inmodificable en virtud de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 C.P.), situación que expresamente se menciona en la sentencia C-277 de 2006 de la Corte Constitucional, citada incluso por el señor Ministro en la consulta. Sobre este punto volverá la Sala más adelante.

2 Sala Plena, sentencia de agosto 23 de de 1982. M. P. Ricardo Medina Moyano.

3 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deudas pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones (...)” *Artículo 124. Tarifas a favor de las Cámaras de Comercio. El Gobierno nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones.*

Para el señalamiento de los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación, el Gobierno nacional establecerá tarifas diferenciales en función del monto de los activos o del patrimonio del comerciante, o de los activos vinculados al establecimiento de comercio, según sea el caso.

Las cuotas anuales que el reglamento de las Cámaras de Comercio señale para los comerciantes afiliados son de naturaleza voluntaria” (Negrilla fuera de texto).

4 Cruz de Quiñones, Lucy. “*Caracterización actual de la tipología tributaria. La parafiscalidad: un concepto confuso para legitimar tributos dudosos*”. Modelo de Código Tributario para América Latina. Tendencias actuales de tributación. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá, D. C. 2010, pp. 170-171.

Ahora bien, al revisar la constitucionalidad del artículo 88 del Código de Comercio⁵, la Corte Constitucional reiteró en la sentencia C-167 de 1995 que las actividades de las Cámaras de Comercio en relación con el registro mercantil constituyen: *i*) una función pública a cargo del Estado pero prestada por un particular por mandato de la ley, y *ii*) por esta razón los respectivos ingresos son públicos que tienen el carácter de tasas⁶, ingresos por tanto sujetos a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República. La Sala hace énfasis en que la sentencia bajo estudio hizo alusión expresa al artículo 124 de la ley 6 de 1992, como origen de la tasa que por disposición de la ley recaudan la cámaras de comercio.

En consecuencia, la conclusión no puede ser otra que ratificar la doctrina de la Sala contenida en el concepto 2025 de 2011, que bien puede resumirse así:

- i) Por tratarse de una actuación estatal, encomendada a las cámaras de comercio, y tener un origen exclusivamente *ex lege*, los ingresos que genera tal actividad tienen la naturaleza jurídica de tributo, es decir, constituyen una prestación obligatoria a favor del Estado, sujeto activo (aunque lo perciben las cámaras de comercio), a cargo de las personas obligadas por la ley, sujetos pasivos, a solicitar *“las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como los certificados que dichas entidades expidan”*.
- ii) La naturaleza jurídica de tributo que tienen los recaudos en mención de las cámaras de comercio, fue precisada por la Corte Constitucional en sentencia C-144 de 1993, al revisar el artículo 124 de la ley 6^a de 1992 que lo estableció, providencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, tesis esta que fue reiterada en la sentencia C-167 de 1995.

Dentro de la tipología de los tributos que trae la Constitución, tales ingresos han sido considerados como tasas. La tasa es una prestación tributaria establecida por la ley a favor del Estado *“como recuperación del costo de los servicios que les presten (a los contribuyentes)”*, en los términos del artículo 338 C. P., y tiene como finalidad o destinación solventar o financiar una función pública como lo es el registro mercantil. No sobra recordar que en el concepto 2025 la Sala afirmo, siguiendo la jurisprudencia Constitucional, que con la tasa no solo se cubren los gastos de funcionamiento, sino las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión⁷.

- iii) **Portanto, los ingresos de las cámaras de comercio a título de tasas se encuentran vinculados⁸ a la función pública de llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos, lo que significa que son dineros fiscales que conforman fondos públicos⁹.**

5 “Artículo 88. La Contraloría General de la República ejercerá el control y vigilancia del recaudo, manejo e inversión de los ingresos de las cámaras de comercio, conforme al presupuesto de las mismas, previamente aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

6 *“(…) para esta Corporación es racional entender que, si el registro mercantil implica la prestación de un servicio público, su financiamiento debe asegurarse mediante un ingreso percibido por la Cámara de Comercio en forma de tasa, cuyo destino no es el acrecimiento del patrimonio de la entidad, tal como lo entiende el libelista, sino para asegurar la adecuada prestación de este servicio público, vale decir para la recuperación del costo total o parcial del servicio, que es consustancial a la naturaleza de este ingreso público (…). En conclusión, la tasa creada por la Ley 6^a de 1992, no es un recurso privado de las Cámaras de Comercio, sino que se constituye en un recurso público, toda vez que surge de la soberanía fiscal del Estado, no de la voluntad individual entre los particulares comerciantes, pues únicamente posee el propósito de financiar la función pública del registro mercantil”.* (Resalta la Sala).

7 Sentencia C-040 de 1993.

8 Sobre los tributos vinculados, dentro de los cuales se destaca la Tasa, puede verse en la doctrina extranjera ATALIBA GERALDO, Hipótesis de Incidencia Tributaria. Colección Derecho Tributario Contemporáneo. Ara Editores. 1 Edición, Lima 2011.

9 En la Sentencia C-992 de 2001 la Corte Constitucional sostuvo que *“...en la medida en que es consustancial a la idea de tasa su vinculación con el servicio que se presta al usuario, la tarifa debe también, necesariamente, estar asociada a tal servicio. No quiere ello decir que deba existir una exacta*

- iv) Se destaca que la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que **la destinación específica** de lo producido por la tasa es un elemento característico de este tributo¹⁰. En la sentencia C-809 de 2007 lo expresó así:

Esta Corporación ha definido el concepto de tasa como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial de un servicio público individualizado al Contribuyente. Y ha aclarado que su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación” (resalta la Sala).

- v) En consecuencia, las tasas recaudadas por las Cámaras de Comercio por concepto de la mencionada función pública solo pueden ser destinadas a solventarla o financiarla.

Expuesto lo anterior, pasa la Sala a analizar la sentencia C-277 de 2006 de la Corte Constitucional, toda vez que en la consulta se sostiene que esa providencia desvirtuaría la línea jurisprudencial trazada en las sentencias C-144 de 1993 y C-167 de 1995.

B. La sentencia C-277 de 2006 de la Corte Constitucional ratifica que los ingresos de las cámaras de comercio vinculados a la función pública de llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos son tasas

Sea lo primero mencionar que la Sala estudió la citada sentencia cuando expidió el concepto 2025 de 2011, pero estimó irrelevante su cita textual en atención a que su contenido fáctico y jurídico no aportaba mayores elementos de juicio a los que ya había deducido de la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

No obstante, ante la solicitud expresa que en esta oportunidad formula el Ministerio consultante, puede afirmarse que del análisis puntual de la sentencia C-277, se extrae lo siguiente:

1. Norma demandada

No corresponde a los artículos 88 y 93 del C. Co., relativos a los ingresos de las cámaras de comercio, ni mucho menos al artículo 124 de la Ley 6ª de 1992, que establece los sujetos activos y pasivos, los hechos y la base gravable, y la tarifa de la tasa descrita en el punto 1 de este concepto.

La norma demandada es el siguiente aparte del artículo 33 del C. Co.: *“La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año...”*. Como puede advertirse, el contenido material de la norma se limita a fijar la **obligación** que tienen los comerciantes de **renovar** cada año el registro de matrícula mercantil.

correspondencia entre uno y otro, porque, como se ha señalado, puede ocurrir, por ejemplo, que según un determinado criterio de distribución se imponga a algunos usuarios un gravamen en cuantía más que proporcional al servicio recibido y viceversa; en otros casos la tasa puede conducir a una recuperación apenas parcial del costo de los servicios prestados”.

Elo es concordante con lo dicho por la misma Corte en la sentencia C – 040 de 1993 cuando, al describir las características de las tasas, sostuvo que el “precio” (tarifa) de las mismas “cubre los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión”.

10 En el mismo sentido se pronuncia el Modelo de Código Tributario para América Latina (MCTAL), que define la tasa de la siguiente manera: *“Artículo 16. Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación...”* (Se resalta).

En manera alguna el aparte transcrito está referido a “derecho”, “tarifa” o concepto alguno a favor de las cámaras de comercio vinculados a la función pública de llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos, tal como textualmente lo dice la Corte Constitucional en el apartado 44 de la sentencia: “De la redacción del artículo 33 acusado no se desprende la imposición de tasa o contribución alguna a cargo de los comerciantes”.

2. Improcedencia del cargo relativo al principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 338 C. P.

Como la norma demandada no establece un tributo, en el apartado 46 de la sentencia bajo estudio la Corte señala: “...no procede estudio de constitucionalidad del artículo 33 del Código de Comercio por vulneración del inciso primero del artículo 338 de la Constitución, referido a la reserva para imponer tasas y contribuciones”.

3. El artículo 124 de la Ley 6ª de 1992 es la norma vigente y en ella lo que se fija es una TASA cuyo recaudo corresponde a las cámaras de comercio por llevar el registro mercantil:

A la misma conclusión a la que llegó la Sala en el concepto 2025 de 2011, reiterada en el punto 1 de este estudio, llega la Corte Constitucional cuando expresa en el apartado 45 de la sentencia:

“...la norma legal que fija los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas, del pago a favor de las Cámaras de Comercio por el concepto de renovación de la matrícula mercantil es el artículo 124 de la Ley 6ª de 1992. Lo que pone de presente que el demandante no ha brindado a la Corte elementos suficientes para analizar la imposición de la tasa derivada de la renovación de la matrícula mercantil, a la luz de reserva normativa que establece el artículo 338 constitucional. Es más, se puede afirmar que el contenido normativo que describe la demanda en el segundo cargo no corresponde al de la norma demandada sino al de otra de otra ley, que no fue demandada (Resalta la Sala. Se suprime nota al pie de página).

Y como el concepto tributario de tasa está ligado al costo del servicio o función, señala la Corte:

*“33. La Corte encuentra que en efecto, de conformidad con el inciso primero del artículo 124 de la Ley 6 de 1992, la renovación de la matrícula mercantil genera un **costo para el comerciante**. Sin embargo de conformidad con el inciso segundo del artículo 124 citado, ese **costo** es proporcional al patrimonio registrado de su empresa. (Ibídem).*

Nótese la plena concordancia que guarda la sentencia C-277 con las conclusiones a las que llegó la Sala en el punto A de este concepto, sobre la naturaleza jurídica del tributo (tasa) y la destinación del mismo (costo del servicio), derivado de la función pública de llevar el registro mercantil.

4. El registro mercantil no solo presta beneficios a los comerciantes, sino que corresponde a un interés general

Dice la Corte al acoger las palabras de la Vista Fiscal: “...la renovación de la matrícula mercantil es una obligación impuesta por el legislador a los comerciantes en beneficio del interés general, la cual se cumple mediante el suministro de la información”. Es claro entonces que la tarifa derivada de dicha renovación está en función del servicio de interés general que presta el registro mercantil, “es una obligación impuesta por el legislador a los comerciantes”, ratificándose de esta manera el carácter tributario de tasa hasta ahora descrito.

5. El párrafo que supuestamente contendría un cambio en la jurisprudencia de la Corte sobre la naturaleza jurídica de tasa

Por último, la consulta cita el siguiente párrafo de la Sentencia C-277 de 2006, que se transcribe literalmente para mayor claridad:

“37. La Corte Constitucional encuentra pues, que el artículo 33 del Código de Comercio al establecer la obligación en cabeza de los comerciantes de renovar anualmente el registro mercantil incluso si la información que se aportará en dicho ejercicio ya reposa en la Cámara de Comercio, y pagar un valor por ello, no es una carga desproporcionada para los mencionados comerciantes, por lo que presume la mala fe de los particulares. Al contrario se da pleno cumplimiento a los artículos 95-9 y 338 (inc. segundo) de la Constitución, pues para las Cámaras de Comercio el cobro del valor en comento implica tanto la “recuperación de los costos de los servicios que les prest[a]n”¹¹ a las entidades estatales, a los comerciantes y a los ciudadanos en general, como una contribución “dentro de los conceptos de justicia y equidad”¹², en tanto se beneficia de la existencia del registro y el valor al que están obligados a pagar es proporcional al capital de la empresa.¹³” (Paréntesis y pies de página textuales).

Las afirmaciones de la sentencia, así como el contexto en la que ellas se hacen, referido al valor que debe pagarse por renovación de la matrícula mercantil, no deja duda de que se trata de una tasa, tributo que se funda en el artículo 338 C. P., “pues para las Cámaras de Comercio el cobro del valor en comento implica recuperación de los costos de los servicios que les prest[a]n”.

Ahora bien, el que esas tasas se enmarquen en el contexto general del deber de contribuir “dentro de los conceptos de justicia y equidad”, previsto en el artículo 95 C. P., en modo alguno implica que varíe su naturaleza jurídica. La Corte simplemente reitera en la sentencia C-277 que, por ser la tasa un tributo, la obligación de contribuir con su pago debe darse bajo el presupuesto fundamental del valor justicia que debe acompañar la actividad impositiva del Estado.

El entendimiento sistemático de los artículos 95, numeral 9, 150, numeral 12, y 338 C. P., enseña que resulta más preciso referirse al género “tributo”, el cual se divide en las especies: *impuesto, tasa y contribución parafiscal*, para evitar equívocos en la utilización de esas nociones tributarias. Así no solo lo sugiere la doctrina especializada de la Hacienda Pública y el Derecho Tributario¹⁴, sino la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reiteradamente

11 Artículo 338 de la Constitución Nacional.

12 Artículo 95-9 de la Constitución Nacional.

13 Inciso segundo artículo 124 Ley 6ª/92 y artículos 23 y 24 Decreto 393 de 2002.

14 Ver por todos, AMATUCCI Andrea. Tratado de derecho tributario. Editorial Temis. Bogotá, 2001.

se ha pronunciado sobre la materia, resaltándose por su claridad el siguiente aparte de la sentencia C-711 de 2001:

*“La potestad impositiva del Estado se halla ligada al principio de legalidad¹⁵ (...) Ese principio de legalidad, aunque con diferentes alcances, ya figuraba en el artículo 43 de la Constitución de 1886 (acto legislativo n.º 3 de 1910). La nueva Carta Política retomó su contenido y avanzó hacia una preceptiva mucho más comprensiva, tal como puede apreciarse a términos del artículo 338 superior, en consonancia con el artículo 150-12 ibidem. En este sentido el artículo 338 preservó el principio de legalidad del tributo señalando que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales. Cierto es también que el nuevo texto constitucional (el antiguo también) adolece de una antitécnica redacción en lo que hace a la expresión “contribuciones fiscales y parafiscales”, toda vez que la norma debió referirse al género **TRIBUTO** que de suyo engloba los impuestos, las tasas y las contribuciones. Empero, dentro de un análisis sistemático que incorpora los artículos 150, numerales 10 y 12; 313-4; y 300-4 de la Carta, imperioso es entender que la configuración normativa en comento alude al género tributo, que sin duda se realiza a través de las especies: impuesto, tasa y contribución”. (Nota al pie, paréntesis, mayúscula y negrilla textuales).*

Conforme a lo expuesto, puede concluirse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente y reiterativa en definir que los ingresos de las cámaras de comercio vinculados a la función pública de llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos son tasas y solo pueden destinarse a recuperar los costos que demanda esa función pública, y en manera alguna los ha considerado como una contribución parafiscal¹⁶, posición jurídica que no se desvirtúa en la sentencia C-277 de 2006.

C. Los decretos reglamentarios 1259 de 1993 y 4698 de 2005

El artículo 1º del decreto reglamentario 4698 de 2005, *“Por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones”¹⁷*, citado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dentro del marco jurídico de su consulta, ya fue analizado por la Sala en el concepto 2025 de 2011. Dado que sobre el mismo la situación fáctica o jurídica no se ha modificado, no queda otro camino que remitirse a lo allí expuesto.

Como se recordará, en esa ocasión se dijo, previo el análisis de la sentencia C-909 de 2007 de la Corte Constitucional, que sería ostensiblemente contrario al orden constitucional interpretar el artículo 1º del decreto 4698 de 2005, así como el numeral 12 del artículo 86 del C. Co., en el sentido de que las Cámaras de Comercio estarían facultadas por la ley para destinar los recursos públicos que perciben a título de tasa por la función pública del registro mercantil, a la financiación de actividades o funciones ajenas a la naturaleza de esa tasa. No existe en la ley tal facultad, y por tanto no la puede conferir el Gobierno mediante un decreto reglamentario de la ley, pues desbordaría el marco constitucional de la potestad reglamentaria.

15 Con Adam Smith a la cabeza se enuncia el principio de la legalidad como uno de los varios principios reguladores de la tributación.

16 Sobre la noción, naturaleza y características de las contribuciones parafiscales y sus diferencias con otra clase de tributos como las tasas y los impuestos, puede verse el Concepto 2000 del 8 de julio de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

17 “Artículo 1º. Los ingresos de origen público correspondientes a las funciones registrales de las Cámaras de Comercio previstos en la ley, y los bienes adquiridos con estos, serán contabilizados como activos en su balance, en la forma prevista en este decreto. Tales bienes e ingresos están afectos a las funciones atribuidas a estas entidades por la ley o por el Gobierno nacional en aplicación del numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio”.

La misma tesis resulta aplicable a lo previsto en el artículo 1° del decreto 1259 de 1993 que dispone:

“Artículo 1°. Los ingresos que generen las cámaras de comercio se destinarán al cumplimiento de las funciones previstas en el artículo 86 del Código de Comercio, en el artículo 5° del Decreto 1520 de 1978, y a las restantes funciones que les sean autorizadas en las disposiciones legales y a los actos directamente relacionados con las mismas y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de dichas instituciones”.

Debe recordarse que ese decreto es reglamentario del artículo 124 de la ley 6 de 1992 y del numeral 12 del artículo 86 del C. Co., motivo por el cual su alcance se encuentra limitado por lo previsto en las leyes reglamentadas, las cuales, como ya se ha expuesto, impiden que la destinación específica prevista para la tasa percibida por la función pública del registro mercantil se oriente a la financiación de actividades o funciones ajenas a la naturaleza de ese tributo.

Así las cosas, se reitera lo dicho en el concepto 2025 en cuanto a que, si bien las Cámaras de Comercio pueden ejercer numerosas funciones de conformidad con el artículo 86 del Código de Comercio y otras disposiciones legales, esto no significa que toda atribución asignada a las cámaras tenga la connotación de función pública, y mucho menos que todas ellas las puedan realizar a costa de los recursos que provienen del recaudo de la tasa que tiene origen en el servicio del registro mercantil, toda vez que, se insiste, esos dineros fiscales solo pueden ser reinvertidos en dicho servicio. Por las mismas razones, la interpretación del artículo 3° del decreto reglamentario 4698 de 2005, al cual también se refiere la consulta, no puede tener los alcances que esta sugiere. Dispone esa norma lo siguiente:

“Artículo 3. Las cámaras de comercio prepararán y aprobarán un presupuesto anual de ingresos y gastos en el que se incluirán en forma discriminada los imputables a la actividad registral. Si de dicho presupuesto resultare un remanente, las juntas directivas de las cámaras de comercio establecerán su destinación, bien sea para atender gastos corrientes o de inversión, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto. En caso de que los gastos de inversión hubieren de realizarse a lo largo de varios ejercicios, deberán constituirse en los presupuestos anuales las reservas que correspondan”.

La regla del artículo 3° del decreto reglamentario 4698 de 2005, arriba transcrito, establece lo obvio para una institución gremial como la cámara de comercio: debe contar con un presupuesto de ingresos y gastos. Pero advierte que los *“imputables a la actividad registral”* se *“incluirán”* en forma *“discriminada”*.

Dado que el verbo *“discriminar”* significa en su primera acepción *“Seleccionar excluyendo”*¹⁸, el alcance de la norma no puede ser otro que los ingresos y gastos que demande la actividad registral deben identificarse para ser excluidos de los demás ingresos de las cámaras de comercio, con los cuales no pueden ni deben confundirse, y que con ellos solo puede atenderse dicha actividad registral. Y si resultare un remanente, ello no significa que pierda su

18 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimo segunda edición.

destinación específica, toda vez que en los presupuestos futuros de la cámara de comercio respectiva deberán incluirse como “*imputables a la actividad registral*”.

D. La ley 905 de 2004

Dicha ley, “*Por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones*”¹⁹, establece en su artículo 23, correspondiente al Capítulo VI “*Creación de empresas*”, lo siguiente:

“Artículo 23. Nuevo. Cámaras de Comercio. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, previa concertación con las Cámaras de Comercio, buscará que parte de los recursos que reciben o administran las Cámaras por concepto de prestación de servicios públicos delegados se destine a cubrir parte de la financiación de los programas de desarrollo empresarial que ejecuta y coordina el Ministerio, con el fin de complementar los recursos de Presupuesto General de la Nación”.

Lo primero que debe destacarse sobre la norma citada es su finalidad: consiste en la promoción de la micro, pequeña y mediana empresa y, por tanto, no tiene por objeto modificar la noción, alcance, características o destinación específica prevista para la tasa percibida por concepto de la función pública de llevar el registro mercantil a cargo de las cámaras de comercio.

Ahora bien, dado que el contexto de la norma está en función de otorgar estímulos a los mencionados empresarios y que estos tienen la obligación legal de matricularse en el registro mercantil, así como sus libros y documentos, la disposición no tiene alcance distinto que el de autorizar expresamente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para concertar con las cámaras de comercio, quienes son las que perciben las tasas, para que parte de esos recursos se destinen, dentro del proceso de creación y formalización de tales empresas, a facilitar los trámites del registro mercantil o a abaratar sus costos.

En este contexto es preciso citar el informe “*Doing Business en Colombia 2010*”, publicación del Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional²⁰, el cual “*Proporciona una medición cuantitativa de las regulaciones nacionales, departamentales y municipales sobre apertura de una empresa, obtención de permisos de construcción, registro de propiedades, pago de impuestos, comercio transfronterizo y cumplimiento de contratos en su aplicación a las pequeñas y medianas empresas*”.

En dicho informe se destaca el mejoramiento que ha tenido Colombia en los últimos años en lo relacionado con los trámites para la “*apertura de empresas*” y allí textualmente se indica:

*“Las reformas de Colombia para la apertura de empresas han reducido 10 trámites y 40 días del proceso de apertura de una empresa en Bogotá, que ahora requiere 9 pasos y 20 días. La introducción exitosa de la ventanilla única en la cámara de comercio (lo que se conoce como “Centros de Atención Empresarial” o CAE) y las subsecuentes mejoras de los CAE tienen mucho que ver con estos avances”*²¹.

¹⁹ Publicada en el *Diario Oficial* n.º 45.628 de 2 de agosto de 2004.

²⁰ Disponible en www.worldbank.org

²¹ En el informe se señala, al respecto, lo siguiente: “*En 2001, la Cámara de Comercio de Bogotá lanzó una campaña para abrir CAE para la inscripción de empresas. Los CAE simplificaron considerablemente los requisitos de apertura de empresas. En general, los funcionarios de un CAE asesoran a los*

Estima la Sala que es a este tipo de iniciativas, como reducción de trámites y agilización y modernización de los procesos de apertura de empresas relacionados con el registro mercantil, entre otros, a las que se refiere la ley 905 de 2004 y en las que es posible canalizar los recursos que las cámaras de comercio perciben a título de tasa, previa concertación entre esas instituciones gremiales y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, los cuales complementarían los recursos del presupuesto nacional asignados para el efecto.

E. El decreto 019 de 2012

El decreto ley 019 de 2012, “*por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”, **dispone en el artículo 166:**

“Artículo 166. Del Registro Único Empresarial y Social. Al Registro Único Empresarial (RUE) de que trata el artículo 11 de la Ley 590 de 2000, que integró el Registro Mercantil y el Registro Único de Proponentes, se incorporarán e integrarán las operaciones del Registro de Entidades sin Ánimo de Lucro creado por el Decreto 2150 de 1995, del Registro Nacional Público de las personas naturales y jurídicas que ejerzan la actividad de vendedores de Juegos de Suerte y Azar de que trata la Ley 643 de 2001, del Registro Público de Veedurías Ciudadanas de que trata la Ley 850 de 2003, del Registro Nacional de Turismo de que trata la Ley 1101 de 2006, del Registro de Entidades Extranjeras de Derecho Privado sin Ánimo de Lucro con domicilio en el exterior que establezcan negocios permanentes en Colombia de que trata el Decreto 2893 de 2011, y del Registro de la Economía Solidaria de que trata la Ley 454 de 1998, que en lo sucesivo se denominará Registro Único Empresarial y Social -RUES-, el cual será administrado por las Cámaras de Comercio atendiendo a criterios de eficiencia, economía y buena fe, para brindar al Estado, a la sociedad en general, a los empresarios, a los contratistas, a las entidades de economía solidaria y a las entidades sin ánimo de lucro una herramienta confiable de información unificada tanto en el orden nacional como en el internacional.”

Con el objeto de mantener la actualización del registro y garantizar la eficacia del mismo, la inscripción en los registros que integran el Registro Único Empresarial y Social, y el titular del registro renovará anualmente dentro de los tres primeros meses de cada año. El organismo que ejerza el control y vigilancia de las cámaras de comercio establecerá los formatos y la información requerida para inscripción en el registro y la renovación de la misma. Los registros mercantil y de proponentes continuarán renovándose de acuerdo con las reglas vigentes.

El organismo que ejerza el control y vigilancia de las cámaras de comercio regulará la integración e implementación del Registro Único Empresarial y Social, garantizando que, específicamente, se reduzcan los trámites, requisitos e información a cargo de todos los usuarios de los registros públicos y que todas las gestiones se puedan adelantar, además, por internet y otras formas electrónicas. La regulación que realice la autoridad competente deberá, en todo caso,

empresarios que quieren abrir una nueva empresa.

También gestionan la inscripción de las empresas en el Registro de Comercio, permiten a los empresarios inscribir sus libros contables y los estatutos sociales y emiten el certificado de existencia y representación legal. Los CAE conectan los procesos de inscripción de empresas de las entidades municipales, departamentales y nacionales para ahorrarle al empresario las visitas personales a cada uno de los organismos. Por ejemplo, los CAE están vinculados a la agencia tributaria nacional, la DIAN para proporcionar a los empresarios su número de identificación tributaria.

En julio de 2007 ya había CAE operativos en las cámaras de comercio de 6 ciudades colombianas: Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena y Medellín. En la actualidad, los CAE operan en 16 de las 21 ciudades analizadas en este informe. Las 5 excluidas son Montería, Riohacha, Sincelejo, Tunja y Valledupar.”

hacerse en armonía con las disposiciones estatutarias y con las contenidas en códigos, respecto de los registros de que trata el presente artículo.

Los derechos por la prestación de los servicios registrales serán los previstos por la ley para el registro mercantil, el registro único de proponentes y el registro de entidades sin ánimo de lucro, según el caso. Las Cámaras de Comercio no podrán cobrar derechos de inscripción y renovación sobre los registros que se le trasladan en virtud del presente decreto-ley y que a la vigencia del mismo no los causan.

Los ingresos provenientes de los registros públicos y los bienes adquiridos con estos, continuarán afectos a las funciones atribuidas a las Cámaras de Comercio por la ley o por el Gobierno nacional en aplicación del numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio. En ningún caso los recursos de origen público podrán destinarse para sufragar operaciones o gastos privados de las Cámaras de Comercio. Los registros públicos que se le trasladan a las Cámaras de Comercio serán asumidos por estas a partir del primero (1°) de marzo de 2012". (Nota al pie fuera de texto).

Claramente se observa en la norma transcrita que su finalidad es la creación del Registro Único Empresarial, cuyo objetivo es la simplificación de los registros existentes, aspecto que materialmente no tiene incidencia en las preguntas formuladas a la Sala, motivo por el cual no se estima necesario profundizar en ese aspecto.

Ahora, en lo pertinente para el presente concepto se tiene que el inciso cuarto dispone: "... los derechos por la prestación de los servicios registrales serán los previstos por la ley para el registro mercantil...". Tal previsión solo reitera lo señalado en los artículos 93 del Código de Comercio y 124 de la Ley 6ª de 1992 sobre los "derechos" a favor de las cámaras de comercio, locución que técnicamente, como ya se dijo en párrafos anteriores, equivale a tasa.

Y en cuanto al inciso final, que alude a una "prohibición" sobre el destino de los recursos de origen público para gastos u operaciones privados de las cámaras de comercio, se estima que la norma no agrega nada nuevo, toda vez que tales dineros fiscales tienen una destinación específica y, por lo mismo, nunca han hecho parte del patrimonio de las cámaras, ni mucho menos pueden orientarse a un fin diverso que el constitucional y legalmente establecido de tiempo atrás.

Llama la atención la Sala sobre la referencia que dicho inciso hace al artículo 86 numeral 12 del Código de Comercio, norma que se analizó en el concepto 2025 de 2011 para señalar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-909 de 2007, sometió a condicionamiento su constitucionalidad, dejando en claro que ese numeral no puede ser entendido como una autorización para que el Gobierno nacional, mediante acto administrativo, le asigne a las Cámaras de Comercio funciones públicas, asunto que es privativo de la ley.

Recuerda la Sala que una interpretación contraria a dicha decisión de constitucionalidad condicionada transgrediría el artículo 243 de la Constitución Política. En consecuencia, el decreto ley 019 de 2012 para nada altera el hecho de que los ingresos de origen público -tasas- provenientes del registro mercantil, tienen una destinación por mandato constitucional que es la financiación de ese servicio, el cual no puede ser variado por una norma de inferior jerarquía para cubrir otras actividades de las cámaras de comercio ajenas a la naturaleza de ese tributo.

F. La ley 1558 de 2012²²

Posteriormente se promulgó la ley 1558 de 2012, “*Por la cual se modifica la ley 300 de 1996, Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones*”, que en el párrafo del artículo 21 estableció: ²³

“Párrafo. Como parte de la infraestructura turística, las cámaras de comercio en asocio con el Fondo Nacional de Turismo, la Nación, las entidades territoriales, con otras entidades públicas o privadas, o individualmente, continuarán destinando recursos de origen público o privado provenientes del desarrollo de sus actividades a la creación y operación de centros de eventos y convenciones y de recintos feriales mediante la celebración de eventos, congresos y actividades feriales, con el fin de que contribuyan a la generación de empleo y al desarrollo turístico de sus regiones”.

Revisado el trámite legislativo de la ley 1558, se observa que dicho párrafo no hacía parte del texto original del proyecto de ley. El párrafo se introdujo mediante un pliego de modificaciones a la ponencia para primer debate en el Senado de la República, según consta en la gaceta 250 del 18 de mayo de 2012, sin que exista explicación alguna sobre el mencionado cambio.

Ante la ausencia de una motivación sobre el sentido y propósito del párrafo transcrito, se estima que su tenor literal debe ser interpretado considerando la naturaleza constitucional de los dineros fiscales - tasas - que perciben las cámaras de comercio por llevar el registro mercantil, lo cual ha sido suficientemente analizado.

En lo estrictamente relevante para este concepto, la norma parece “*autorizar*” a las cámaras de comercio la destinación de recursos de origen público o privado, provenientes del desarrollo de sus actividades, “*para la creación y operación de centros de eventos y convenciones y de recintos feriales mediante la celebración de eventos, congresos y actividades feriales*”.

En cuanto se refiere a los recursos de origen privado de las cámaras de comercio la norma es inocua, comoquiera que tales ingresos hacen parte de su propio patrimonio y, por lo mismo, las cámaras están en plena disposición de aplicarlos a los fines legalmente establecidos para el cumplimiento de su actividad gremial.

No desconoce la Sala que la Ley 1558 es una norma válidamente expedida y está llamada a producir un efecto en la realidad fáctica, el cual debe buscarse, a falta de antecedentes, en el contexto del propio texto legal. Así las cosas, observa la Sala que el artículo 33 de la Ley 1558 sustituyó al artículo 61 de la Ley 300 de 1996, y que a este propósito su inciso primero establece:

“Registro Nacional de Turismo. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo delegará en las Cámaras de Comercio el Registro Nacional de Turismo, en el cual deberán inscribirse todos los prestadores de servicios turísticos contemplados en el artículo 12 de la Ley 1101 de 2006”.

²² Publicada en el *Diario Oficial* 48.487 del 10 de julio de 2012.

²³ “Artículo 21. Los recursos señalados en los artículos 1° y 8° de la Ley 1101 de 2006, así como los asignados en el Presupuesto Nacional para la infraestructura turística, promoción y la competitividad Turística, y el recaudo del Impuesto al Turismo, formarán parte de los recursos del Fondo de Promoción Turística que en adelante llevará el nombre de Fondo Nacional de Turismo (Fontur) y se constituirá como Patrimonio Autónomo con personería jurídica y tendrá como función principal el recaudo, la administración y ejecución de sus recursos...”.

Más adelante, en el párrafo 3° de esa misma norma, se dispone que dicho Ministerio “establecerá las condiciones y requisitos necesarios para la inscripción y actualización” del mencionado registro, “y las demás condiciones para el ejercicio de la función por parte de las cámaras de comercio”.

Cabe observar que por disposición legal se “delega” en las cámaras de comercio la función de llevar un registro público, el cual, como lo establecía la norma sustituida, implicará el pago de un tributo por la prestación del servicio²⁴. No sobra mencionar que el registro nacional de turismo es diferente al registro público mercantil, no solo porque la norma así lo prevé, sino porque los sujetos obligados son diferentes: el primero de dichos registros está a cargo de los prestadores de servicios turísticos, el segundo a cargo de los comerciantes en general.

En este contexto, si tales prestadores son los sujetos pasivos del tributo, este podría eventualmente ser aplicado a la destinación que prevé el párrafo del artículo 21, si se considera que los “centros de eventos y convenciones y de recintos feriales” pueden promover el turismo, finalidad última que prevé la ley 1558, y que por lo mismo beneficiaría a quienes pagan el tributo por concepto del servicio de registro nacional de turismo que prestan las cámaras de comercio. Lo anterior es muy diferente a considerar que la Ley 1558 modificó la destinación de las tasas que se recaudan por llevar el registro mercantil, las cuales solo pueden utilizarse para financiar ese servicio.

E. Recomendación final

Para la Sala es evidente que, con posterioridad a la expedición del Código de Comercio y en particular después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, las funciones públicas a cargo de las cámaras de comercio se han visto notoriamente incrementadas por efecto de diversas leyes y políticas públicas, circunstancia que obliga a rediseñar las respectivas fuentes de financiación. Para tal efecto observa la Sala que la financiación de dichas funciones, vía tributos, debe seguir los principios de legalidad tributaria y reserva de ley previstos en los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Constitución Política y que, por lo mismo, compete al legislador establecer en forma expresa y clara la manera como deben financiarse tales funciones.

En virtud de esta última reflexión, y considerando la evolución que desde 1971 hasta la fecha se ha registrado en esta materia, la Sala recomienda, como ya lo hizo en el concepto anterior, la presentación de un proyecto de ley al Congreso de la República en el cual se redefinan las funciones públicas asignadas a las cámaras de comercio, se precisen las respectivas fuentes de financiación y se actualice el régimen de los recursos que administran, en lo atinente a su destinación y a su manejo contable, presupuestal y fiscal.

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los recursos recaudados por concepto de registro mercantil por parte de las cámaras de comercio? ¿Se trata de una tasa, una contribución o tienen una naturaleza diferente?”

24 Artículo 61 de la ley 300 de 1996, modificado por la Ley 1101 de 2006: “Párrafo 4°. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo establecerá las tarifas del Registro Nacional de Turismo en los términos del artículo 338 de la Constitución Política. Para estos fines los costos recuperables son los necesarios para gestionar el recaudo, actualización y conservación de la información que soporta el Registro” (subraya la Sala).

Respuesta: Los recursos recaudados por las cámaras de comercio vinculados a la función pública de llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos son un tributo a título de tasa.

“2. Con independencia de la respuesta dada al primer interrogante, ¿pueden los recursos recaudados por concepto de registro mercantil por parte de las cámaras de comercio ser utilizados para el cumplimiento de todas las funciones asignadas legal o reglamentariamente a estas o por el contrario, solo pueden utilizarse para el cumplimiento de la función de registro mercantil?”

Respuesta: Los recursos recaudados por concepto de registro mercantil por parte de las cámaras de comercio son dineros fiscales con destinación específica, consistente única y exclusivamente en la recuperación de los costos que demanda la función registral.

“3. La posición jurisprudencial definida por la Corte Constitucional en sus sentencias C-144 de 1993 y C-167 de 1995, varió a partir de lo señalado en la sentencia C-277 de 2006? De ser afirmativa la respuesta, ¿en qué puntos varió?”

Respuesta: La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente y reiterativa en afirmar que los ingresos de las cámaras de comercio vinculados a la función pública de llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos son tasas, posición que no varió con la sentencia C-277 de 2006.

“4. ¿Los decretos 1259 de 1993 y 4698 de 2005 facultan a las cámaras de comercio para emplear los recursos obtenidos con ocasión de la función pública de registro mercantil para el cumplimiento de todas las funciones que legal o reglamentariamente le sean asignadas?”

5. ¿Los remanentes del presupuesto anual de ingresos y gastos de las cámaras de comercio a que hace referencia el artículo 3° del Decreto 4698 de 2005, pueden ser empleados para el cumplimiento de todas las funciones que legal o reglamentariamente les sean asignadas o solo de aquellas que se relacionan con la función de registro mercantil?”

Respuesta: Los decretos reglamentarios están materialmente limitados por lo dispuesto en las leyes objeto de reglamentación, las cuales impiden que la tasa percibida por la prestación de la función pública del registro mercantil, dada su destinación específica, se desvíe a la financiación de actividades o funciones ajenas a la naturaleza de ese tributo. Si la gestión del registro mercantil genera remanentes, ello no significa que tales recursos pierdan su destinación específica, toda vez que en los presupuestos futuros de la respectiva cámara de comercio deberán incluirse como *“imputables a la actividad registral”*.

Remítase al señor Ministro Comercio, Industria y Turismo 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. Cobro coactivo de cuotas partes pensionales a favor del Fomag .

Radicado 2093

Fecha: 29/11/2012

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 13 de diciembre de 2016

La Ministra de Educación Nacional consulta a la Sala sobre la competencia para adelantar el cobro coactivo de las cuotas partes pensionales adeudadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag).

I. Antecedentes

El Ministerio consultante señala como antecedentes de la consulta lo siguiente:

El Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (Fomag), fue creado por la ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

El Fondo tiene como fin atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraban vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 y de los que se vinculen con posterioridad.

Según la referida ley, para la creación del Fondo, el Gobierno debe suscribir un contrato de fiducia mercantil y puede delegar su celebración en el Ministerio de Educación Nacional. En dicho contrato se debe prever la existencia de un consejo directivo.

El 21 de junio de 1990 el Gobierno nacional y la Fiduciaria la Previsora suscribieron el contrato de fiducia mercantil el cual se ha venido prorrogando a través del Ministerio de Educación Nacional. Es de aclarar, que en ninguna norma se ha señalado que sea el Ministerio de Educación Nacional el representante legal del Fondo.

De otro lado, informa que a través del decreto reglamentario 2831 de 2005 se regula el trámite para el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo, trámite en el que participan, además del Ministerio como Fideicomitente y la Previsora como administrador del Fondo, la entidad territorial a la que pertenece el docente.

Que las leyes 6ª de 1945, 33 de 1985 y 71 de 1988, crean las cuotas partes pensionales y otorgan la facultad de repetir contra las entidades que deben asumir el pago de la pensión del afiliado a prorrata por el tiempo de servicio o aportes.

Del contexto de la solicitud se infiere que las entidades obligadas al pago de cuotas partes pensionales no están cumpliendo con dicho compromiso.

Por lo anterior, el Ministerio consultante manifiesta tener dificultades para el cobro, dado que considera existen aspectos normativos no muy claros como lo sería la falta de certeza de la vigencia del decreto 2019 de 2000, “*por el cual se dictan normas para la administración de los recursos de Seguridad Social en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”.

Afirma que a pesar de que en dicho decreto se señala que es el Ministerio de Educación el encargado de recaudar por jurisdicción coactiva los recursos que por cualquier concepto deban ingresar al Fondo, teniendo en cuenta que la ley 60 de 1993, uno de los sustentos normativos del decreto, fue derogada por la ley 715 de 2001, el decreto 2019 habría perdido fuerza ejecutoria.

Teniendo en cuenta lo anterior, se formulan a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Cuál de las entidades es la competente para llevar a cabo el proceso de cobro coactivo administrativo, por concepto de cuotas partes pensionales adeudadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Ministerio de Educación Nacional en su calidad de fideicomitente, la Fiduciaria la Previsora S. A. como sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y quien a través de la Vicepresidencia de Pensiones aprueba el acto administrativo que deba expedir la entidad territorial para el reconocimiento de la pensión del docente, o la Entidad territorial a la cual pertenece el docente teniendo en cuenta que es quien i) comunica la cuota parte pensional cuando a ello hay lugar y ii) es quien suscribe el acto administrativo de reconocimiento de pensión?”

2. En el evento de que sea el Ministerio de Educación Nacional, la entidad encargada de ejercer la función de cobro coactivo administrativo por concepto de cuotas partes pensionales adeudadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ¿Cuál sería el sustento jurídico y cómo ejercería el Ministerio de Educación Nacional dicha función?”

3. Finalmente, ¿se encuentra vigente lo dispuesto por el decreto 2019 de 2000 cuyo uno de sus fundamentos jurídicos es la Ley 60 de 1993, norma que fue derogada por la ley 715 de 2001?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

A. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes, los problemas jurídicos a resolver se pueden resumir de la siguiente manera:

– Si el decreto 2019 de 2000, que reglamenta el cobro coactivo de los recursos adeudados al Fondo, está vigente a pesar de que la Ley 60 de 1993, uno de los sustentos legales del decreto, fue derogada por la ley 715 de 2001; y

– Si no está vigente, qué entidad y bajo cuál reglamentación se deben realizar los referidos cobros.

Pasa entonces la Sala a analizar estos problemas jurídicos, iniciando con una síntesis histórica de la creación del Fondo y sus recursos.

B. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag)

La Ley 43 de 1975 “*por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones*”, pretendió solucionar la situación del magisterio que revestía grandes dificultades e inequidades en materia salarial y prestacional. Para el efecto, esta ley nacionalizó la educación primaria y secundaria y como consecuencia de ello pasó los gastos que demandaban y sufragaban las entidades territoriales a la nación.

Sin embargo, quedaron falencias en cuanto a la interpretación sobre el régimen prestacional aplicable a los docentes en el periodo comprendido entre 1976 y 1981. En este lapso, como la Nación y las entidades territoriales compartían el pago de las prestaciones del magisterio, se ocasionaron dificultades para atender las obligaciones prestacionales de los maestros.¹

Para solucionar estos problemas, la ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del magisterio, como un instrumento para “*definir, de una vez por todas, las responsabilidades en materia salarial y prestacional, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones presentes y futuras*” del personal docente y administrativo oficial del país².

Dicha ley creó el Fondo como una cuenta especial de la nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica. Señala el artículo 3º de la ley lo siguiente:

“Artículo 3º. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad”.

De acuerdo con lo informado en la solicitud de consulta, el Gobierno nacional y la Fiduciaria la Previsora suscribieron el contrato de fideicomiso mediante la Escritura Pública n.º 0083

1 Anales del Congreso. Gaceta n.º 69, 1º de septiembre de 1989, p. 7.

2 Idem.

del 21 de junio de 1990, el cual se ha venido prorrogando a través del Ministerio de Educación Nacional³.

Ahora, en cuanto a los objetivos del Fondo la misma ley señaló los siguientes:

“Artículo 5°. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*
- 5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones”.*

Se resalta que dentro de los objetivos del Fondo está precisamente velar para que los aportes que le corresponden a la nación se transfieran oportunamente y para que las entidades deudoras del Fondo cumplan con sus obligaciones. Sobre este punto, el artículo 8° de la ley en mención enumera los recursos que constituyen el mencionado Fondo. Dice textualmente:

“Artículo 8°. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*

3 Mediante el decreto 063 de 22 de marzo de 1990 se le delega al Ministro de Educación la celebración del contrato de fiducia mercantil.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4^a de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la nación por servicios personales.

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

8. Las sumas que debe recibir de la nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que estas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.

10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Parágrafo 1°. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4° de la presente ley, en concordancia con el artículo 2°.

De las diferentes fuentes de financiación del Fondo a que hace referencia el artículo 8° se desprende que los recursos provienen del esquema de cotización de la nación como empleador y de los afiliados; de las entidades territoriales y de la Nación por concepto de las sumas con las cuales deben contribuir al pago de prestaciones adeudadas; de la Caja Nacional de Previsión Social –hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)⁴–, y del Fondo Nacional del Ahorro también con las sumas con las cuales deben contribuir al pago de prestaciones adeudadas a los docentes afiliados.

En este contexto, los recursos que ingresan al Fondo –que no provienen de directamente de la Nación o a través de ella– y que corresponden a cuotas partes pensionales, están a cargo de las entidades territoriales y de la hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), todas ellas de naturaleza pública.

Vale la pena resaltar que tanto el Ministerio como la Previsora –partes del contrato de fiducia–, tienen la obligación conjunta de realizar acciones tendientes a velar para que el pago de

4 Ley 1551 de 2007. Artículo 156. Gestión de Obligaciones Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

todas las obligaciones en general ingrese al Fondo de acuerdo con lo estipulado en la ley 91 de 1989, obligación esta que a su vez fue reproducida en el contrato.

En este contexto, no es muy aceptable que se deba iniciar un procedimiento de cobro coactivo con los correspondientes embargos de bienes y recursos de otras entidades públicas, cuando estas tienen el deber de hacer los aportes ordenados en la ley, cuya omisión implica indefectiblemente sanciones disciplinarias y penales en caso de no estarle dando la destinación correcta a los aportes que deben ser girados al Fomag. Bajo esta óptica, se debe trabajar en procura de que las entidades públicas cumplan sus obligaciones, al punto que el cobro coactivo sea una alternativa estrictamente residual.

C. El cobro de las obligaciones debidas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) por parte de entidades del orden nacional

Según el organismo consultante, el decreto 2019 de 2000, que autoriza al Ministerio de Educación para efectuar el cobro coactivo sobre las entidades que no cumplan con el pago de las cuotas partes pensionales al Fondo, puede no estar vigente dado que la ley 60 de 1993 que le servía de sustento fue derogada por la ley 715 de 2001. Al respecto cabe señalar lo siguiente.

3. El cobro coactivo entre entidades públicas

Como bien se sabe, el derecho colombiano ha optado por reconocer a la generalidad de entidades estatales la facultad o privilegio de cobrar directamente las obligaciones a su favor sin necesidad de acudir a una autoridad judicial, esto es, de ejercer la potestad de cobro coactivo.

En varias oportunidades la Sala se ha pronunciado al respecto. Inicialmente, los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo anterior y el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 le otorgaron dicha potestad a la Nación y demás entidades del orden nacional, a las entidades territoriales y a los establecimientos públicos de cualquier orden. Luego, la Ley 1066 de 2006 amplió tal potestad a la generalidad de entidades públicas que de manera permanente deban ejercer funciones administrativas y que en virtud de ellas deban recaudar dineros públicos:

“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”.

La facultad de cobro coactivo es reiterada a manera de “obligación” por el artículo 98 de la ley 1437 de 2011, en el cual se señala que:

“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. (...)*⁵.

De igual forma, el artículo 57 de la Ley 100 de 1993, faculta a las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para realizar el cobro coactivo de sus créditos⁶.

Las normas generales mencionadas reconocen la potestad de cobro coactivo a la Nación y a la generalidad de entidades públicas para asegurar el recaudo de los recursos públicos, atendiendo obviamente a las limitaciones legales para el embargo de bienes del Estado.

Ahora bien, la potestad de cobro coactivo está concebida para que el Estado pueda hacer efectivas las obligaciones que los particulares tienen para con él; en tal sentido, resulta insólito el ejercicio de esta potestad entre entidades públicas máxime cuando forman parte de un mismo sector administrativo bajo la tutela de un solo ministerio por ejemplo, que puede diseñar políticas de coordinación tendientes a solucionar las diferencias que se llegaren a presentar en sus estados de cuentas.

De esta forma, para evitar el cobro coactivo y lograr el cumplimiento oportuno del giro de los recursos, los organismos jerárquicamente más altos de la administración pueden impartir instrucciones que faciliten la observancia de los deberes institucionales o hacer uso del poder de tutela administrativa, según el caso.

En este sentido, la Sala advierte que el artículo 2° de la Ley 1066 de 2006 permitió que las entidades estatales suscribieran acuerdos de pago para normalizar sus obligaciones⁷. Y recientemente, la ley 1485 de 2001⁸ permite a las entidades del sector central y descentralizado y a las entidades territoriales, hacer cruces de cuentas sobre las obligaciones recíprocamente causadas. Así, el artículo 42 de la ley en comento dispone:

“Artículo 42. Autorízase a la Nación y sus entidades descentralizadas, para efectuar cruces de cuentas entre sí, con entidades territoriales y sus descentralizadas y con las empresas de servicios públicos con participación estatal, sobre las obligaciones que recíprocamente tengan causadas. Para estos efectos se requerirá acuerdo previo entre las partes. Estas operaciones deben reflejarse en el presupuesto, conservando únicamente la destinación para la cual fueron programadas las apropiaciones respectivas.

5 Por su parte, el artículo 104 define de manera amplia lo que debe entenderse por entidad pública: “Artículo 104 (...) PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

6 “ARTÍCULO 57. COBRO COACTIVO. De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a. de 1.992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos”.

7 “Artículo 2o. Obligaciones de las entidades públicas que tengan cartera a su favor. Cada una de 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 y que dentro de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos del nivel nacional o territorial deberán: (...)7. Regularizar mediante el pago o la celebración de un acuerdo de pago las obligaciones pendientes con otras entidades públicas a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley”.

8 Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2012. Véase también, el decreto 4810 de 29 de diciembre de 2010 que permitió el cruce de cuentas entre entidades territoriales por obligaciones derivadas de cuotas partes pensionales, con el fin de evitar los procesos de cobro coactivo que se estaban adelantando entre ellas.

En el caso de las obligaciones de origen legal que tenga la Nación y sus entidades descentralizadas para con otros órganos públicos, se deben tener en cuenta, para efectos de estas compensaciones, las transferencias y aportes, a cualquier título, que las primeras hayan efectuado a las últimas en cualquier vigencia fiscal. Si quedare algún saldo en contra de la Nación, esta podrá sufragarlo a través de títulos de deuda pública, sin que implique operación presupuestal alguna.

*Cuando concurren las calidades de acreedor y deudor en una misma persona, como consecuencia de un proceso de liquidación o privatización de órganos nacionales de derecho público, se compensarán las cuentas, sin operación presupuestal alguna*⁹.

De acuerdo con lo expuesto, se reitera la doctrina de la Sala, en el sentido de que el principio de legalidad administrativa y el de colaboración institucional, se contraponen a que sean organismos de la propia administración los que originen cobros coactivos recíprocos, sobre todo cuando tal situación puede generarse por incumplimiento de deberes de los servidores públicos responsables¹⁰.

En síntesis, el ejercicio de la jurisdicción coactiva o el uso de acciones judiciales entre entidades del Estado debe ser la excepción, en los casos en que a pesar de que se recurrió a la utilización de mecanismos administrativos para solucionar las diferencias, no se logran los acuerdos de pago o los cruces de cuentas por razones debidamente justificadas. Ello además implica que al iniciarse un cobro coactivo pueda ser pertinente ejercer paralelamente las respectivas acciones disciplinarias en caso de que se advierta negligencia en el cumplimiento de funciones por parte de los servidores públicos a cargo de la obligación no cumplida. Ahora bien, en caso de que esta sea la opción a aplicar en favor del Fomag, pasa la Sala a analizar la titularidad de esta acción en el caso concreto.

4. Titularidad de la potestad coactiva para los cobros a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La entidad consultante plantea la duda sobre la vigencia del Decreto 2019 de 2000, pues en su concepto, cuando la ley 715 de 2001 derogó la ley 60 de 1993, fundamento del precitado decreto, se debió haber producido la extinción de su fuerza ejecutoria.

La Sala analizará la vigencia del decreto 2019 solicitada por el Ministerio, a pesar que ya se concluyó que las normas generales estudiadas reconocen la potestad de cobro coactivo a la Nación y a la generalidad de entidades públicas para asegurar el recaudo de los recursos, puesto que de estar vigente se identifica sin mayor esfuerzo y de manera concluyente el titular de la acción de cobro coactivo. La importancia del decreto estriba en que el artículo 5º le da al Ministerio de Educación Nacional la potestad expresa de ejercer el cobro coactivo de las sumas que se adeuden al Fomag.

9 Actualmente, art. 42 de la Ley 1485 de 2011; los años anteriores, Ley 1420 de 2010, art. 43; Ley 1368 de 2009, art. 43; Ley 1260 de 2008, art. 44.

10 Cabe recordar que los servidores públicos son responsables tanto por acción como por omisión en el ejercicio de sus funciones (art. 6º C. P.); el Código Disciplinario Único establece que los servidores públicos están obligados a cumplir y hacer que se cumplan los deberes constitucionales y legales (art. 34-1) y, correlativamente, les prohíbe incumplir los deberes constitucionales y legales asignados a cada uno de ellos (art. 35-1); de manera concordante con lo anterior, el mismo estatuto normativo consagra como falta disciplinaria gravísima no incluir en el presupuesto las apropiaciones necesarias y suficientes para cubrir la deuda pública y atender debidamente el pago de sentencias y créditos judicialmente reconocidos (art. 48-24).

“ARTÍCULO 5°. COBRO COACTIVO. El recaudo de los recursos que deben ingresar por cualquier concepto al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio podrá adelantarse, a través de jurisdicción coactiva, por el Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992”.

Se recuerda que el Decreto 2019 de 2000 fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades constitucionales, en especial de las conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y para efectos de lograr el cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 y, los artículos 6º y 19 de la Ley 60 de 1993.

El decreto citado fue expedido, de acuerdo con su parte motiva, entre otros aspectos, teniendo en cuenta que para administrar los recursos de la seguridad social de los maestros afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se requerían herramientas de cobro que permitieran un eficaz recaudo de los aportes tanto del empleador como de los empleados. Por lo anterior, se hacía necesario complementar las disposiciones del Decreto 196 de 1995 y del Decreto 2370 de 1997, de conformidad con lo ordenado, se repite, en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, los artículos 6º y 19 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 112 de la Ley 6 de 1992.

Ahora bien, la derogatoria de la ley 60 de 1993 por la cual se dictaban normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuían recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política obedece al cambio constitucional contenido en el acto legislativo 01 de 2001, que remplacea el situado fiscal por el sistema general de participaciones.

En particular, el artículo 6º¹¹ de la ley 60 regulaba la administración de personal, las plantas docentes, su vinculación, los nombramientos, el régimen prestacional, la obligación de

11 “ARTÍCULO 6°. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. // Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte. // Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute. // El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas de departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. // Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos. // El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adiciónen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4ª de 1992. // Las funciones de dirección del sistema de salud, se realizará a través de las direcciones locales, distritales y seccionales según las competencias definidas en la presente ley. Las entidades prestadoras de servicios de salud, estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en concordancia con el parágrafo 1o. del artículo 19, de la ley 10 de 1990, y se les aplicará el régimen de personal previsto en el artículo 26 de dicha ley. En virtud de las autorizaciones de la Ley 4 de 1992 el Conpes social establecerá los reajustes salariales máximos que podrán decretar o convenir las entidades territoriales. Igualmente establecerá los parámetros de eficiencia técnica y administrativa que podrán considerarse para la expansión de las plantas de personal, y los sistemas de control de gestión por parte de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía que al respecto consagra la Constitución Política. El Gobierno nacional establecerá un programa de estímulos a la eficiencia técnica y administrativa de los sectores de salud y educación y se abstendrá de participar en programas de cofinanciación cuando las entidades territoriales de que trata la presente ley, no demuestren eficiencia o no efectúen la expansión racional de sus plantas de personal. // PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE> // PARÁGRAFO 2º. La nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, establecerá y llevará el registro único nacional de todos los docentes vinculados a los servicios educativos estatales. Este registro se organizará con el fin de tener un sistema integrado de información que, entre otros, permita gestionar los traslados de docentes entre entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1992. El Gobierno nacional reglamentará lo dispuesto en este parágrafo”.

afiliar a los maestros al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, los reajustes salariales, la prestación del servicio de salud, la creación del registro de los docentes vinculados, entre otros temas.

Por su parte, el artículo 19¹² de la Ley 60 de 1993, regulaba la transferencia de recursos del situado fiscal en favor de las entidades territoriales. Ninguno de los dos artículos citados hacía referencia a las disposiciones especiales de cobro coactivo que reguló el decreto 2019 de 2000.

En este contexto, y teniendo en cuenta que los artículos 6° y 19 de la ley 60 de 1993 no hacían referencia a la potestad de cobro coactivo que regula el decreto 2019, la derogatoria la ley 60 no afecta la vigencia de este decreto.

De otro lado, los numerales 3, 4 y 5 del artículo 5° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 112 de la Ley 6° de 1992 los cuales si hacen referencia al cobro de dineros en favor del Fondo, se encuentran vigentes y soportan a su vez, la plena vigencia del Decreto 2019. En consecuencia, dado que sigue vigente el decreto 2019 de 2000, ha de aplicarse su artículo 5°, el cual señala que la jurisdicción coactiva debe adelantarse por parte del Ministerio de Educación Nacional.

5. Consideración final

En el caso objeto de consulta, se observa que las cuotas partes pensionales provienen de la Caja Nacional de Previsión Social, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la cual está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tiene personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente¹³.

Precisamente, en el asunto objeto de estudio, la Sala observa que la UGPP, es una entidad sujeta a diversos mecanismos de tutela administrativa –art.103¹⁴ de la Ley 489 de 1998–.

12 *“ARTÍCULO 19. TRANSFERENCIA DE LOS RECURSOS DEL SITUADO FISCAL. Los recursos del situado fiscal serán transferidos directa y efectivamente a los departamentos y distritos, de acuerdo con la distribución dispuesta en la ley anual de presupuesto, o directamente a los municipios, previo el cumplimiento de las condiciones y términos señalados en la presente ley, mediante giros mensuales que efectuará el Ministerio de Hacienda. // Para tales efectos, los departamentos, distritos y los municipios organizarán en su presupuesto cuentas especiales independientes para salud y los Fondos Educativos Regionales, Departamentales o las cuentas que correspondan en los municipios para educación, que se manejarán con unidad de caja, sometidas a las normas del régimen presupuestal y fiscal de la entidad territorial respectiva, bajo la administración del gobernador o el alcalde, quienes podrán delegar en la autoridad jerárquica superior del respectivo sector de salud y educación. // Los recursos del situado fiscal para educación cedido a los departamentos y distritos, serán girados por la nación a los Fondos Educativos Departamentales o Distritales, cuya estructura para pago de salarios y liquidación de prestaciones serán fijadas por la entidad territorial correspondiente conforme a los criterios que establezca la ley y el Gobierno nacional, con la excepción definida en el artículo 16 de la presente ley, caso en el cual los recursos del Situado Fiscal serán girados a los Fondos Educativos Municipales. // A tales Fondos de las entidades territoriales se deberán girar igualmente todos los recursos que por cualquier concepto sean asignados para el respectivo sector, excepto los recursos propios de los establecimientos descentralizados, de conformidad con el reglamento. // Sin embargo, las sumas correspondientes a los aportes de las entidades territoriales, sus entes descentralizados, o entidades contratistas, que por concepto de prestaciones sociales del personal de salud, docente y administrativo, deban ser pagadas con cargo al situado fiscal, serán giradas directamente al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y en forma provisional al Instituto de los Seguros Sociales y al Fondo Nacional del Ahorro a favor de las entidades que no tengan afiliados sus empleados a ningún sistema de seguridad social, o a las entidades que asuman estas funciones para el personal de salud, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia. De todas maneras, en los presupuestos de las entidades territoriales deberán quedar claramente especificadas las partidas con destino al pago de prestaciones sociales y que deberán ser giradas por la Nación en la forma aquí prevista. // PARÁGRAFO 1°. Para los efectos del giro del situado fiscal a los departamentos, distritos y municipios, el Programa Anual de Caja, se hará sobre la base del 100% del aforo que aparezca en la Ley de Presupuesto. A partir de la vigencia fiscal de 1994, los mayores o menores valores del recaudo efectivo serán adicionados o deducidos de las vigencias presupuestales siguientes dentro de un plan de ampliación de coberturas o de ajuste financiero según el caso. Dichos giros se deberán efectuar en los cinco últimos días de cada mes y recibirse en la entidad territorial a más tardar el último día hábil del mismo. // PARÁGRAFO 2°. El ministerio respectivo comunicará al Ministerio de Hacienda y al Departamento Nacional de Planeación, el cumplimiento de lo previsto en los artículos 13, 14, 15, y 16, para que los recursos del Situado Fiscal sean girados directa y efectivamente a los departamentos, distritos o municipios. // Mientras se cumplen los requisitos de que tratan los artículos en referencia la administración de los recursos se efectuará en la forma indicada en el artículo 15, de esta ley”.*

13 Artículo 156 de la Ley 1151 de 2007.

14 *“ARTÍCULO 103. TITULARIDAD DEL CONTROL. El Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y los ministros y directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública”.*

Adicionalmente, el propio Ministro de Hacienda y Crédito Público, hace parte del Consejo Directivo del Fondo, ministerio al que está adscrita la UGPP. Todo ello aunado a que el director general de la Unidad Administrativa es de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República y en dicha condición debe responder a sus directrices y políticas administrativas¹⁵.

De otro lado, el artículo 18 de la Ley 715 de 2001 señala que el cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional de los docentes de las entidades territoriales, será cubierto con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

“ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2º. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

PARÁGRAFO 3º. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

PARÁGRAFO 4º. El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación.

¹⁵ De conformidad con el artículo 6º de la ley 91 de 1989, en el contrato de fiducia mercantil se debe prever la existencia de un consejo directivo integrado por el Ministro de Educación o el Viceministro, el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Ministro de Trabajo o su delegado, dos representantes del magisterio y el gerente de la entidad fiduciaria, con voz pero sin voto.

El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.

En este mismo sentido se expidió el artículo 5^o¹⁶ del Decreto 3752 de 2003 “por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”, al disponer que el cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional de los docentes de las entidades territoriales, una vez aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, será cubierto con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo expuesto, el Gobierno nacional tiene mecanismos para promover y exigir a la AGPP y de ser el caso al Fonpet, el giro de recursos al Fomag en la forma ordenada por la ley. Dichos mecanismos pueden ser suficientes para evitar el cobro coactivo y la adopción de medidas cautelares sobre bienes o recursos del propio Estado.

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Cuál de las entidades es la competente para llevar a cabo el proceso de cobro coactivo administrativo, por concepto de cuotas partes pensionales adeudadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Ministerio de Educación Nacional en su calidad de fideicomitente, la fiduciaria la previsora S. A. como sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y quien a través de la Vicepresidencia de Pensiones aprueba el acto administrativo que deba expedir la entidad territorial para el reconocimiento de la pensión del docente, o la Entidad territorial a la cual pertenece el docente teniendo en cuenta que es quien i) comunica la cuota parte pensional cuando a ello hay lugar y ii) es quien suscribe el acto administrativo de reconocimiento de pensión?”

De acuerdo con lo expuesto, la entidad competente para llevar a cabo el proceso de cobro coactivo administrativo, por concepto de cuotas partes pensionales adeudadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), es el Ministerio de Educación Nacional.

16 “ARTÍCULO 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento: // 1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. // Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto. // 2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan. // 3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo”.

2. En el evento de que sea el Ministerio de Educación Nacional, la entidad encargada de ejercer la función de cobro coactivo administrativo por concepto de cuotas partes pensionales adeudadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ¿Cuál sería el sustento jurídico y cómo ejercería el Ministerio de Educación Nacional dicha función?

El Ministerio de Educación Nacional debe ejercer el cobro coactivo administrativo de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 112 de la ley 6ª de 1992, el decreto 2019 de 2000, y el artículo 98 de la ley 1437 de 2011. Sin embargo, al tratarse de entidades del orden nacional, el Gobierno debe agotar previamente los diversos mecanismos administrativos con el fin de asegurar que las entidades encargadas del giro de recursos cumplan con los traslados ordenados en la ley al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Ministerio (Fomag).

3. Finalmente, ¿se encuentra vigente lo dispuesto por el Decreto 2019 de 2000 cuyo uno de sus fundamentos jurídicos es la Ley 60 de 1993, norma que fue derogada por la Ley 715 de 2001?”

El Decreto 2019 de 2000 se encuentra vigente.

Remítase al señor Ministro 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. Óscar Reyes Rey, Secretario de la Sala.

9. Remanentes de encargo fiduciario de administración y pagos. Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia de Salinas de Manaure Ltda. Sociedades de Economía Mixta.**Radicado 2120**

Fecha: 29/11/2012

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 13 de diciembre de 2016

El señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo consulta a la Sala sobre el destino de los remanentes del encargo fiduciario de administración y pagos cebrado entre el IFI en liquidación y Fiducoldex, para administrar, explorar, explotar y comercializar las salinas de Manaure y sobre la conformación del Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia de la Sociedad Salinas de Manaure Ltda.

I. Antecedentes

Anota el señor Ministro que mediante acuerdo celebrado el 27 de julio de 1991 entre el Gobierno nacional, IFI Concesión Salinas y la comunidad Wayúu de Manaure, se reconocieron a esta última los derechos de explotación de la sal y se convino la creación de una sociedad de economía mixta concesionaria de dicha explotación.

Advierte que mediante escritura pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Única de Uribia, se constituyó la sociedad de economía mixta Sama Ltda., autorizada por la Ley 773 de 2002, y a su vez el Gobierno nacional cedió toda su participación accionaria, una parte a favor de las asociaciones Waya Wayúu y Asocharma, respecto de las cuales la ley no previó participación en la sociedad, pero que han estado tradicionalmente vinculadas a la explotación de la sal, y otro porcentaje a favor de Sumain Ichi, con el objeto de lograr la vinculación igualitaria de toda la comunidad Wayúu y responder a los objetivos del acuerdo de 1991 y de la Ley 773 de 2002.

Dentro de las estipulaciones contractuales, el Ministro destaca: i) la constitución de un comité interinstitucional de vigilancia con funciones por diez años, para prestar asesoría y seguimiento para el logro de los objetivos legales y societarios. Dicho comité contaba con la participación de dos representantes del Ministerio de Comercio (uno de ellos del IFI – Concesión Salinas), uno del Ministerio de Minas y Energía y dos de Salinas Manaure Limitada Sama Ltda., y ii) una condición suspensiva según la cual los derechos como concesionaria de Sama Ltda. solo nacerían una vez se diera inicio a la explotación de sal por parte de un operador privado contratado por aquella. Aclara que durante este lapso, el IFI – Concesión Salinas continuaría explotando las salinas en virtud del contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1 de abril de 1970.

Precisa que con ocasión de la disolución y liquidación del Instituto de Fomento Industrial IFI, mediante decreto 330 de 2009, y considerando que Sama Ltda. no había contratado el operador privado, se dispuso contratar un encargo fiduciario por 6 meses, para que susti-

tuyera al Instituto en la exploración, explotación, administración y comercialización de las salinas. El señalado contrato se suscribió el 31 de marzo de 2009 con Fiducoldex S. A.

El 31 de julio de 2009 las partes contratantes del encargo fiduciario suscribieron el otrosí número 2, en el cual, ante la culminación del proceso liquidatorio del IFI, Salinas de Manaure Sama Ltda. sustituyó como encargante a dicho instituto y se dispuso que el pago de remanentes iría a los accionistas del IFI, independientemente de que se hubiera producido la extinción jurídica.

Explica que ante la falta de contratación del operador privado por parte de Sama Ltda., se expidieron los decretos 4994 de 2009, 2433 de 2010, 3303 de 2010 y 0666 de 2011, que prorrogaron el contrato de encargo fiduciario. Posteriormente, el contrato de encargo fiduciario surtió la etapa de liquidación a partir del 9 de marzo de 2011. Informa el Ministro que mediante escritura pública 249 del 12 de diciembre de 2011 de la Notaría Única de Uribia, se protocolizó el acta del 30 de noviembre de 2011 en la que consta la celebración de la sesión extraordinaria de la Junta General de Socios de Sama Ltda., en la cual se modificaron los estatutos contenidos en la Escritura 135 de 2004, y se suprimió la vinculación a la Sociedad al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Acota que ante la liquidación del encargo fiduciario y la necesidad de establecer el destino de los recursos del fideicomiso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conceptuó el 21 de diciembre de 2011 que debían transferirse los recursos al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública en concepto del 29 de noviembre de 2011 dijo que debido a que en la escritura de constitución de Sama Ltda., la Nación cedió sus derechos a varias asociaciones indígenas, quedando el municipio de Manaure con una participación del 24%, la empresa es una sociedad de economía mixta del orden municipal, y en tal razón el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio no debe continuar con representación en el Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia.

Finalmente señala el Ministro, que en consideración a la respuesta del DAFP, el Ministerio de Hacienda en concepto del 16 de marzo de 2012 dijo que dada la desvinculación de Sama Ltda. del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, corresponderá a Fiducoldex establecer la entidad o entidades a las cuales se le efectuará el giro de los recursos remanentes del Encargo Fiduciario IFI Salinas de Manaure en Liquidación.

Por lo expuesto, formula el Ministro las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Conforme a la Ley 773 de 2002, la sentencia C-620 de 2003, el concepto número 1540 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 3 de junio de 2004 y el contrato de Encargo Fiduciario No 032 -2009, cuál sería la entidad destinataria de los recursos remanentes del Encargo Fiduciario IFI Salinas de Manaure con ocasión de su liquidación?”

2. ¿Realizada en el acto de constitución de la Sociedad Salinas Marítimas de Manaure Limitada (Sama Ltda.), la cesión de los derechos sociales de la nación Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a las Asociaciones Indígenas de la Comunidad Wayúu, conforme se indicó en los

antecedentes y tal como se señala en el artículo 6° de la Escritura Pública No 135 de 2004, de la Notaría Única de Uribia, Guajira, se puede determinar que la Sociedad Salinas Marítimas de Manaure Limitada (Sama Ltda.), se desvinculó del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y en consecuencia hoy es una sociedad de economía mixta del orden municipal, considerando que dentro de la participación en el capital de dicha Sociedad está además de las Asociaciones Indígenas de la Comunidad Wayúu, el municipio de Manaure con el 24%?

3. ¿Si se establece por la Sala de Consulta y Servicio Civil que la Sociedad Marítimas de Manaure Limitada (Sama Ltda.), no es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se entendería que no habría lugar a que los representantes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sigan integrando el Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia en esa sociedad, sustituyéndose la representación de este por representantes del Ministerio de Minas y Energía, considerando que es un tema minero?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por el señor Ministro, la Sala considera necesario ocuparse de los siguientes puntos: i) la Ley 773 de 2002, ii) la sentencia C-620 de 2003 de la Corte Constitucional, iii) el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 3 de junio de 2004, radicado 1540, iv) la constitución de la sociedad y su naturaleza, v) el contrato de encargo fiduciario de administración y pagos celebrado entre el Instituto de Fomento Industrial IFI en liquidación, y la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A. Fiducoldex, vi) el destino de los recursos remanentes del Encargo Fiduciario IFI Salinas de Manaure, con ocasión de su liquidación, y vii) la integración del Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia.

A. La Ley 773 de 2002

El Congreso de la República expidió la Ley 773 de 2002 “*Por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones*”. Los artículos pertinentes establecen:

“ARTÍCULO 1°. AUTORIZACIÓN. Autorízase al Gobierno nacional para crear una sociedad de economía mixta, en calidad de concesionaria, vinculada al Ministerio de Desarrollo, cuyo objeto principal será la administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, Guajira, actividades que actualmente desarrolla el Instituto de Fomento Industrial, IFI, en virtud del contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1o. de abril de 1970.

ARTÍCULO 2°. ENTREGA DE ACTIVOS. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación entregará, en calidad de capital inicial de la nueva sociedad, la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure, Guajira, a la asociación de autoridades tradicionales indígenas Wayuu del área de influencia de las Salinas de Manaure, “Sumain Ichi”, en un 25%, al Ministerio de Desarrollo Económico como representante de la nación en la nueva sociedad el 51%, y el 24% restante al municipio de

Manaure, Guajira. Estas transferencias accionarias se harán a las partes aquí referidas como socias de la nueva empresa sin que implique para ellas costo alguno.

Al momento de constituirse la sociedad de economía mixta, que se autoriza en el artículo 1o. de la presente ley, la participación de la asociación “Sumain Ichi”, no podrá ser inferior al 25% del capital suscrito y pagado. Una vez constituido este porcentaje podrá variar al igual que el de los otros accionistas de la sociedad.

Las utilidades que obtenga el municipio de Manaure, Guajira, como consecuencia de la participación en esta sociedad serán destinadas a atender los costos que implican el suministro de agua en su territorio a través del sistema no convencional de los molinos de viento”.

B. La sentencia C-620 de 2003 de la Corte Constitucional

En esta sentencia la Corte Constitucional resolvió dos acciones públicas de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002; una contra el artículo primero, y la otra contra toda la ley por vicios en su trámite, y decidió:

“Primero: Declarar EXEQUIBLE, respecto del cargo examinado por vicios de forma, la totalidad de la Ley 773 de 2002.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el artículo 1° de la Ley 773 de 2002, condicionado en los términos de la consideración jurídica número 27 de esta Sentencia”.

Respecto al artículo primero, cuya inconstitucionalidad parcial se demandó, advierte la Corte que a pesar de que la expresión acusada es “*en calidad de concesionaria*”, es menester examinar la proposición jurídica completa, por lo cual la expresión tiene que estudiarse como referida a la autorización para constituir una sociedad específica, cuyo naturaleza será de economía mixta, cuyo objeto será la explotación de sal en Manaure y en la cual participará como socia la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu del área de influencia inmediata de las Salinas de Manaure, Sumain Ichi.

Esta Sala, entre las consideraciones de la Corte, resalta aquella que aparece en el numeral 27, que a su vez constituye el fundamento para la declaración de exequibilidad condicionada del artículo primero de la ley 773. Dice la Corte:

“27. Empero, la Corte debe hacer particular énfasis en que si bien la sociedad de economía mixta que el artículo 1° de la Ley bajo examen autoriza a conformar asociará a la nación, el municipio de Manaure y Sumain Ichi en su condición de Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu del área de influencia inmediata de las Salinas de Manaure, ello no quiere decir que el beneficio de la explotación salinífera que por este conducto se llegue a obtener favorezca exclusivamente a la referida persona jurídica representativa de la comunidad indígena. Tal utilidad económica debe llegar a todas las comunidades indígenas y tribales asentadas en la zona de explotación salinífera de Manaure, y todas estas etnias deben ser favorecidas en condiciones de igualdad.

La anterior claridad cobra importancia dado el desacuerdo que existe entre la Asociación Sumain Ichi y algunos de sus miembros, o miembros de las etnias que agrupa y representa,

desacuerdo que ha sido detectado dentro del trámite de la presente acción de inconstitucionalidad. Así, se reitera, si bien la sociedad Sama se constituiría con la Asociación Sumain Ichi, todas las etnias que conforman la comunidad wayúu ubicada en la zona de explotación salinífera de Manaure, independientemente de si están representadas o no en la aludida asociación y de si comparten o no la decisión de constituir la sociedad de economía mixta prevista en la ley, deben ser partícipes de la actividad económica de explotación salinífera a que ancestralmente se han dedicado, y de los beneficios económicos que genere dicha explotación”.

Se destaca, que la Corte reconoce que la sociedad de economía mixta que autoriza la ley tiene características muy particulares, al decir:

“Así las cosas, en principio la sociedad a que se refiere el artículo 1° de la Ley 773 de 2002 no sería una sociedad de economía mixta en los términos en que estas son concebidas por la ley¹, sino que más bien debiera ser considerada como una sociedad pública perteneciente al sector descentralizado de la Rama Ejecutiva. (Ley 489 de 1998, art. 68). Sin embargo, la Corte estima que la libertad de configuración legislativa le permite al Congreso considerar que la sociedad que autoriza crear en el artículo 1° de la ley bajo examen es una sociedad de economía mixta, aunque carezca de capital privado”.

C. El concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 3 de junio de 2004, radicado 1540

En dicho concepto, la Sala dijo: “[e]s viable jurídicamente que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, una vez constituida la sociedad de que trata el artículo 1o. de la ley 773 del 2002, transfiera su participación accionaria –sin contraprestación económica y en condiciones de igualdad- a la Asociación Sumain Ichi y a la Comunidad Wayúu asentada en territorio adyacente a la zona de explotación salinífera de Manaure organizada con personería jurídica bajo el nombre de “Asociación Waya Wayúu”, no representada por esa Asociación, como son los explotadores de charcas familiares y de charcas indígenas o, a una persona jurídica de derecho público (Asociación Sumain Ichi o municipio de Manaure), siempre y cuando se dé cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en los términos de la consideración jurídica número 27 de la sentencia C-620 del 2003”.

En su parte considerativa, el Consejo de Estado explica que es procedente la transferencia de la participación accionaria del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por cuanto no se trata de una mera liberalidad del Estado, sino del cumplimiento de un deber constitucional, como lo es el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena Wayúu, y además es una manifestación del derecho de participación en la adopción de decisiones sobre los problemas originados por la explotación de la sal.

Por otra parte, dice el Consejo, la ley 773 autoriza expresamente en el inciso 2 del artículo 2, la variación de los porcentajes de participación de todos los accionistas, una vez constituida la referida sociedad.

¹ Ley 489 de 1998, artículo 97: “Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

D. La constitución de la sociedad Sama Ltda. y su naturaleza

Mediante escritura pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Única de Uribia – La Guajira, se constituyó la sociedad Salinas Marítimas de Manaure Limitada, con la denominación abreviada de Sama Ltda., siendo partes contratantes, la nación colombiana, el municipio de Manaure y la asociación Sumain Ichi.

Se previó que sería una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con el objeto principal de administrar, fabricar, explotar, transformar y comercializar las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, departamento de La Guajira, en la calidad de concesionaria que le confiere el artículo 1° de la Ley 773 de 2002.

El capital social inicial quedó conformado así: El 51% para el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio como representante de la nación, el 24 % para el municipio de Manaure, y el 25% para la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu del Área de Influencia de las Salinas de Manaure Sumain Ichi.

Mediante la misma escritura, en el artículo sexto, la nación cedió los derechos sociales que correspondían al 51% del capital, de acuerdo a la siguiente distribución: el 11% a la asociación Sumain Ichi, el 30% a la Asociación de Cosechadores de las Charcas Horshima y Manaure Waya Wayúu y el 10% a la Asociación de Charqueros Paralelos de Manaure (Asocharma).

No obstante, los cesionarios al aceptar la cesión también contrajeron varias obligaciones, que de incumplirse acarrearán *“la resolución de pleno del presente acuerdo de cesión y la consecuente obligación de restitución de los derechos cedidos”*. Dentro de las obligaciones asumidas por los concesionarios, se destaca la siguiente:

“Los concesionarios contraen la obligación de no votar favorablemente ninguna reforma de los estatutos sociales que implique el desconocimiento, recorte o disminución de derechos que la NACIÓN COLOMBIANA, a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se reserva en la administración de SAMA, como parte integrante del Comité Interinstitucional Transitorio de Vigilancia , durante el término de diez (10) años contados a partir de la suscripción de la presente escritura,, los cuales solo podrán ser disminuidos por voluntad del gobierno nacional o prorrogados por voluntad de los socios. De esta forma, los cesionarios garantizan la vigencia del comité, de su composición, forma de funcionamiento, y procedimiento de adopción de sus decisiones, así como la permanencia de sus facultades”.

El artículo *“décimo quinto”* señala que el Comité Transitorio Institucional de Vigilancia cumplirá funciones de asesoría y seguimiento para el logro de los propósitos perseguidos con la constitución de la sociedad y ejercerá las funciones que le asignan los estatutos por el término de 10 años contados desde la suscripción de la escritura.

El artículo *“décimo sexto”* integra el Comité con 2 representantes de Sama, 1 representante del Ministerio de Minas y Energía, 1 representante del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y por el representante legal del IFI – Concesión Salinas. Una vez termine la liquidación

del IFI, su representante será sustituido por un delegado adicional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Por otra parte, el “*artículo vigésimo*” prevé que de conformidad con la Ley 489 de 1998 y la Ley 773 de 2002, el control administrativo de la sociedad será ejercido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para asegurar y constatar que las actividades de Sama Ltda. cumplan con los objetivos previstos con su creación, en armonía con las políticas gubernamentales.

Para la operación de la concesión, en el artículo “*vigésimo primero*” se estableció que para lograr el desarrollo tecnológico, administrativo y comercial de las salinas, y para hacerlas eficientes y rentables, Sama Ltda. contratará un operador privado con capacidad técnica y financiera. Asimismo, en el artículo “*quincuagésimo quinto*” se previó que los derechos de Sama Ltda., relativos a su calidad de concesionaria, están sujetos a condición suspensiva hasta que el operador privado inicie labores, y mientras que la condición esté pendiente, el IFI CONCESIÓN SALINAS continuará con la administración, fabricación, explotación, beneficio, transformación y comercialización de las sales.

Ahora bien, en la escritura pública número 249 del 12 de diciembre de 2011 también otorgada en la Notaría Única de Uribia, que contiene la reforma a los estatutos aprobada en la Junta General Extraordinaria de Socios celebrada el 30 de noviembre de 2011, se aprecia que en el artículo primero, al referirse a la denominación, naturaleza, régimen legal y domicilio, no efectuó cambios y: por el contrario, se reafirman tales características. Dice así la parte pertinente del artículo primero de la reforma:

“Artículo primero. Modificar el artículo primero, el cual quedará así: “Artículo primero: Denominación, naturaleza, régimen legal y domicilio. La sociedad desarrollará su objeto social bajo la denominación SALINAS MARITIMAS DE MANAURE LIMITADA y utilizará en el giro de sus negocios la denominación abreviada de sociedad Sama Ltda.. La sociedad fue creada por autorización de la Ley 773 de 2002, Sama Ltda., como una sociedad de economía mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico -hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo según el artículo 4° de la Ley 790 de 2002- constituida bajo la forma de sociedad comercial de responsabilidad limitada (...)”

En criterio de la Sala, no debe olvidarse como antes anotó, que la Nación cedió sus derechos sociales con la condición de que se cumplan varias obligaciones, que de incumplirse, acarreará “*la resolución de pleno*” del acuerdo de cesión y la consecuente “*obligación de restitución de los derechos cedidos*”. Quiere ello decir, que de acuerdo a los estatutos sociales, la Nación cedió sus derechos a título precario, y no se desprendió del control administrativo de la sociedad, que ejerce a través del Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia. Además, las disposiciones estatutarias son claras en preservar la naturaleza de economía mixta del orden nacional de la sociedad, pese a que la Nación cedió sus derechos sociales.

En suma, por estas cláusulas especiales, la sociedad conserva la naturaleza de economía mixta del orden nacional y su vinculación al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

E. El Contrato de encargo fiduciario de administración y pagos celebrado entre el Instituto de Fomento Industrial IFI en liquidación, y la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A. - FIDUCOLDEX

De la parte considerativa del contrato se desprende que a la fecha de su suscripción, Sama Ltda. no había contratado el operador privado, razón por la cual el IFI en liquidación administraba, explotaba, transformaba y comercializaba las sales de Manaure.

Aparece que ante la liquidación del IFI, el decreto 330 de 2009 dispuso que el IFI en liquidación debería contratar un encargo fiduciario con la finalidad de que se sustituya integralmente al Instituto en las actividades antes señaladas. Como encargante y beneficiario del contrato obra el IFI en liquidación.

Respecto a la finalidad del encargo fiduciario, se estableció que es el de administrar los bienes entregados por el encargante, así como administrar, explorar, explotar y comercializar las salinas de Manaure conforme al contrato de administración delegada entre el IFI y la Nación el 2 de abril de 1970 y las estipulaciones contractuales contenidas en la escritura pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Única de Uribia, Guajira, con sus correspondientes modificaciones. La cláusula “*décimo séptima*” es del siguiente tenor:

“REMANENTES: El pago de los remanentes solo se realizará cuando queden activos sobrantes en cada una de las subcuentas indicadas anteriormente después de haber cubierto el pago de todos los gastos a los cuales se encuentran destinados los bienes que las conforman.

Los remanentes de las subcuentas denominadas comisiones fiduciarias, déficit operacional y TRIGONO S.A, se destinarán a los accionistas del IFI EN LIQUIDACION independientemente, de que se hubiese producido su extinción jurídica, de conformidad con la participación que tenían en dicho instituto.

Los remanentes de la subcuenta denominada operación e inversión del centro de producción de las salinas se destinarán a la entidad que determine el Encargante”.

F. Destino de los recursos remanentes del Encargo Fiduciario IFI Salinas de Manaure, con ocasión de su liquidación.

Esta Sala, en concepto del 19 de julio de 2006², sentó su posición frente a los excedentes de recursos una vez se termina y se liquida un encargo fiduciario, en los siguientes términos:

“... en el derecho colombiano, el encargo fiduciario y la fiducia mercantil son modalidades del negocio fiduciario que se caracteriza por la entrega de unos bienes para obtener una finalidad determinada, diferenciándose entre sí, porque en el encargo no se transfiere la propiedad de los bienes en tanto que en la fiducia sí.”³

² Radicación 1759

³ El negocio fiduciario, en la doctrina colombiana, también es comprensivo del fideicomiso regulado en el código Civil, en cuanto este se caracteriza igualmente por la destinación de unos bienes a u propósito determinado, pero se regula como una limitación al derecho de dominio. Cfr. Arts. 794 a 822.

(...)

Tratándose de un contrato ya terminado y liquidado, pero del que, como señala la consulta, aún quedan recursos, es necesario detenerse en la normatividad general sobre la fiducia mercantil contenida en el Código de Comercio, aplicable al encargo fiduciario como quiera que regula todos los aspectos que les son comunes. Así, tratándose de los bienes sobrantes una vez extinguido el encargo fiduciario, se encuentra:

a) Los deberes indelegables del fiduciario, entre los cuales están: (i) realizar todos los actos necesarios para que la finalidad perseguida con el negocio fiduciario se cumpla; (ii) “transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario”⁴;

b) Los derechos del fiduciante, que incluyen, los de “obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución” y “exigir rendición de cuentas”⁵; (...)

d) La destinación de los bienes al término del negocio fiduciario, que, salvo disposición en contrario, es su regreso al dominio del fideicomitente o fiduciante o de sus herederos.⁶”

Ahora bien, la cláusula “*décimo séptima*” transcrita en el acápite anterior prevé que los remanentes de las subcuentas denominadas comisiones fiduciarias, déficit operacional y TRIGONO S.A, se destinarán a los accionistas del IFI en liquidación independientemente, de que se hubiese producido su extinción jurídica, y que los remanentes de la subcuenta denominada operación e inversión del centro de producción de las salinas se destinarán a la entidad que determine el encargante.

Empero, según la información suministrada por el Ministro en la consulta, el 31 de julio de 2009 se suscribió el otrosí número 2 al contrato de encargo fiduciario, y se pactó que: i) Sama Ltda. sustituye como encargante al IFI en liquidación, y ii) los remanentes de las subcuentas

4 C. Co., Art. 1234: Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;
- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
- 3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;
- 4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
- 5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;
- 6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;
- 7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y
- 8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”.

5 C.Co., Art.1236. “Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos:

- 1) Los que se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitidos;
- 2) Revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar;
- 3) obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución;
- 4) Exigir rendición de cuentas;
- 5) Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, y
- 6) En general, todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario o con la esencia de la institución”.

6 C. Co., Art. 1242. “Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de este por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos”.

denominadas comisiones fiduciarias, déficit operacional y asesoría – contratación operador privado, se destinarán a los accionistas del IFI en liquidación, independientemente de que se hubiese producido su extinción jurídica, de conformidad con la participación que tenían en ese instituto.

Así las cosas, con ocasión de liquidación del contrato de encargo fiduciario, deberá atenderse la estipulación antes mencionada.

G. De la integración del Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia

Aunado a lo explicado en el literal D, se observa que en el acto de constitución de la sociedad se estableció la existencia del Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia por el término de diez (10) años contados a partir de la suscripción de la escritura pública número 135 del 21 de diciembre de 2004, del que hace parte el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

La participación del Ministerio es de tal importancia en el funcionamiento de la sociedad, que se estableció que los cesionarios de los derechos de la Nación se obligan a no votar ninguna reforma estatutaria que recorte o disminuya los derechos que la Nación se reserva a través del Ministerio en la administración, como parte integrante del Comité⁷ y que cualquier disminución deberá obedecer a la voluntad del Gobierno nacional.

En consecuencia, en concepto de la Sala, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe seguir siendo parte del Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia.

LA SALA RESPONDE:

1. ¿Conforme a la Ley 773 de 2002, la sentencia C-620 de 2003, el concepto número 1540 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 3 de junio de 2004 y el contrato de Encargo Fiduciario No 032 -2009, cuál sería la entidad destinataria de los recursos remanentes del Encargo Fiduciario IFI Salinas de Manaure con ocasión de su liquidación?

Los remanentes de las subcuentas denominadas comisiones fiduciarias, déficit operacional y asesoría – contratación operador privado, se destinarán a los accionistas del IFI en liquidación, independientemente de que se hubiese producido su extinción jurídica, de conformidad con la participación que tenían en ese instituto.

Cualquier otro remanente, después de haberse pagado todos los gastos correspondientes, se destinará a quien disponga el encargante, que en virtud del Otrosí Número 2 al contrato de encargo fiduciario sería Sama Ltda.

2. ¿Realizada en el acto de constitución de la Sociedad Salinas Marítimas de Manaure Limitada Sama Ltda., la cesión de los derechos sociales de la Nación Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a las Asociaciones Indígenas de la Comunidad Wayúu, conforme se indicó en los antecedentes y tal como se señala en el artículo 6° de la Escritura Pública No 135 de 2004, de

7 Artículo 15 de los Estatutos

la Notaría Única de Uribia, Guajira, se puede determinar que la Sociedad Salinas Marítimas de Manaure Limitada, Sama Ltda., se desvinculó del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y en consecuencia hoy es una sociedad de economía mixta del orden municipal, considerando que dentro de la participación en el capital de dicha Sociedad está además de las Asociaciones Indígenas de la Comunidad Wayúu, el municipio de Manaure con el 24%?

De acuerdo con lo expuesto en este concepto y dada la especialidad de las cláusulas de los estatutos y su reforma, la Sociedad Salinas Marítimas de Manaure Limitada Sama Ltda. sigue siendo una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

3. ¿Si se establece por la Sala de Consulta y Servicio Civil que la Sociedad Marítimas de Manaure Limitada (Sama Ltda.), no es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se entendería que no habría lugar a que los representantes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sigan integrando el Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia en esa sociedad, sustituyéndose la representación de este por representantes del Ministerio de Minas y Energía, considerando que es un tema minero?

Por las mismas razones de la respuesta anterior, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, debe seguir integrando el Comité Transitorio Interinstitucional de Vigilancia de la sociedad.

Remítase al señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo 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. Óscar Reyes Rey, Secretario de la Sala.

10. Límites a la adquisición de bienes baldíos. Unidad Agrícola Familiar.**Radicado 2114**

Fecha: 29/11/2012

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 14 de diciembre de 2016

El señor Ministro del Interior y de Justicia a solicitud del Superintendente de Notariado y Registro hace las siguientes preguntas a la Sala de Consulta y Servicio Civil en relación con la adquisición, por parte de una misma persona, de dos o más predios inicialmente adjudicados como baldíos:

“1. ¿Son nulas las escrituras públicas de trasferencias de dominio de predios inicialmente adjudicados como baldíos si con esa o esas adquisiciones el comprador excede el límite máximo establecido para la unidad agrícola familiar en la respectiva región?”

2. ¿Qué entidad judicial o administrativa es la competente para declarar la nulidad de esas escrituras públicas?”

3. ¿Puede la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o la Superintendencia de Notariado y Registro, como superior jerárquico de aquella, iniciar de oficio las actuaciones administrativas tendientes a revocar la inscripción de esas escrituras, o debe de esperar a que el organismo competente declare la nulidad de esos títulos y ordene la cancelación de los correspondientes asientos registrales?”

4. ¿Debe el Incoder revocar la resolución de adjudicación para que quede en cabeza del instituto, de su adjudicatario original o de quien transfirió el predio a la persona natural o jurídica que, con esa venta exceda el límite máximo establecido para la Unidad Agrícola Familiar?”

5. ¿Debe el registrador de instrumentos públicos abstenerse de registrar actos o contratos de tradición de inmuebles cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales, cuando el comprador o adquirente supere la extensión máxima de la Unidad Agrícola Familiar para esa región o municipio?”

6. ¿Qué entidad tiene la competencia de impedir y controlar la concentración de propiedad de la tierra en Colombia?”

7. ¿De conformidad el artículo 72 de la Ley 160 de 1994 y la resolución no. 041 de 1996, el control sobre la concentración de la propiedad proveniente de la adjudicación de terrenos baldíos se limita respecto de cada municipio, zona o región?”

8. ¿Si las sociedades que conforman un Grupo Empresarial adquieren a nombre propio (y no del grupo empresarial) predios inicialmente adjudicados como baldíos que, al sumarse

superan el límite máximo de la UAF establecida para la respectiva región o municipio, debe entenderse dicha operación como concentración de UAF en cabeza del Grupo Empresarial?

9. ¿ se entiende que existe concentración de UAF cuando una o más personas constituyen varias sociedades pro acciones simplificadas - SAS, a través de ellas, adquieren predios inicialmente adjudicados como baldíos que sumadas sus respectivas áreas, superan el límite máximo de la UAF establecida para la respectiva región o municipio?

10. ¿Es aplicable la prohibición señalada en el artículo 72 de la Ley 160 de 1994 cuando se pretenda enajenar un predio que supera los límites de la UAF para el respectivo municipio o región, pero que fue legalmente adjudicado en vigencia de la ley 135 de 1968 (sic) y el área del predio no superaba el límite permitido por la legislación vigente para ese momento?

11. ¿El particular que desee enajenar un predio debe fraccionarlo para ajustarse a los límites impuestos por la Ley 160 de 1994 y la Resolución 041 de 1996 y en consecuencia debe solicitar autorización al Incoder?

1. Antecedentes y fundamentos legales de la petición

La consulta elevada por el Ministerio de Justicia y del Derecho se formula a solicitud de la Superintendencia de Notariado y Registrado, a partir de una serie de hallazgos encontrados en los diferentes diagnósticos registrales realizados a los folios de matrícula inmobiliaria que identifican predios rurales adjudicados por el Incora y/o Incoder como baldíos, en los que aparece que los adjudicatarios o las personas a quienes ellos habían transferido el derecho de dominio, venden los inmuebles a una misma persona natural o jurídica, superándose el límite máximo de la Unidad Agrícola Familiar establecida por el Incora para la zona o región donde se encuentran ubicados los predios objeto de la transferencia.

En la consulta se hace un recuento de los casos más relevantes, como son los de las oficinas de Turbo en Antioquia y de San Martín y Puerto López en el Meta, en las que se puede observar como a través de múltiples compras de inmuebles adjudicados como baldíos, se superaba ampliamente la propiedad en cabeza de una persona natural o jurídica de acuerdo con lo establecido en la Unidad Agrícola Familiar correspondiente a cada Zona Homogénea.

Es importante resaltar, que en el documento para solicitud de concepto, enviado por la Superintendencia de Notariado y Registro se hace mención, a título de ejemplo, del caso de la Oficina de Registro de Turbo en Antioquia en donde las adjudicaciones se dan entre los años 1982 a 1999 y el periodo de las ventas comprende desde el año de 1988 hasta el año 2007. Igual sucedió en la oficina de San Martín en el Meta, donde las adjudicaciones se hicieron en el 2004 y las ventas para englobar por los adjudicatarios, en el 2007. En la Oficina de Registro de Puerto López en el Meta, la adjudicación de predios se da en el año de 1995, pero las ventas a personas naturales se produce posteriormente, agregando que estas luego vendieron los predios a Inversiones Agualinda, que procedió a englobarlos en el 2007.

Señala la consulta, que los fundamentos normativos de la petición se encuentran en los incisos 9, 10, 11 y 12 del artículo 72 de la Ley 160 de 1994, que para mejor ilustración se transcribe:¹

“Artículo 72 Ley 160 de 1994. No se podrán efectuar titulaciones de terrenos baldíos a favor de personas naturales o jurídicas que sean propietarias o poseedoras, a cualquier título, de predios rurales en el territorio nacional.

Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, en el momento de presentar la solicitud de titulación el peticionario deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, si es o no propietario o poseedor de otros inmuebles rurales en el territorio nacional.

Serán absolutamente nulas las adjudicaciones que se efectúen con violación de la prohibición establecida en este artículo.

La acción de nulidad contra las resoluciones de adjudicación de baldíos podrá intentarse por el Incora, por los Procuradores Agrarios o cualquier persona ante el correspondiente Tribunal Administrativo, dentro de los dos (2) años siguientes a su ejecutoria o desde su publicación en el “Diario Oficial”, según el caso.

La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones de titulación de baldíos que expida el Incora.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Incora podrá revocar directamente, en cualquier tiempo, las resoluciones de adjudicación de tierras baldías proferidas con violación a lo establecido en las normas legales o reglamentarias vigentes sobre baldíos.

En este caso no se exigirá el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En lo demás, el procedimiento de revocación se surtirá con arreglo a las prescripciones del Código de lo Contencioso Administrativo.

Para la aplicación de las prohibiciones previstas en el presente artículo, se tendrán en cuenta, además, las adjudicaciones de terrenos baldíos efectuadas a sociedades de las que los interesados formen parte, lo mismo que las que figuren en cabeza de su cónyuge, compañero permanente e hijos menores que no hayan obtenido habilitación de edad.

Ninguna persona podrá adquirir la propiedad sobre terrenos inicialmente adjudicados como baldíos, si las extensiones exceden los límites máximos para la titulación señalados por la Junta Directiva para las Unidades Agrícolas Familiares en el respectivo municipio o región. También serán nulos los actos o contratos en virtud de los cuales una persona aporte a sociedades o comunidades de cualquier índole, la propiedad de tierras que le hubieren sido adjudicadas como

¹ Considera la Sala importante dejar en claro que la Ley 160 de 1994 fue derogada por la Ley 1152 de 2007, ley que con posterioridad fue demandada y declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia del 18 de marzo de 2009, dejando la Corte expresa mención en su fallo que la decisión se ceñía a lo preceptuado por el artículo 45 de la Ley 279 de 1996, por lo que la decisión solo tenía efectos hacia futuro. Por ello es importante aclarar que la ley 1152 de 2007 tuvo vigencia en el periodo comprendido entre el 25 de julio de 2007 y el 18 de marzo de 2009 fecha de la sentencia C-175/2009 que declara su inexecutable. En el caso que nos ocupa parte del artículo transcrito se consagraba en el artículo 161 inciso 6° de Ley 1152 de 2007.

baldíos, si con ellas dichas sociedades o comunidades consolidan la propiedad sobre tales terrenos en superficies que excedan a la fijada por el Instituto para la Unidad Agrícola Familiar

Quien siendo adjudicatario de tierras baldías las hubiere enajenado, no podrá obtener una nueva adjudicación antes de transcurridos quince (15) años desde la fecha de la titulación anterior.

Los terrenos baldíos adjudicados no podrán fraccionarse en extensión inferior a la señalada por el Incora como Unidad Agrícola Familiar para la respectiva zona o municipio, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

Los Registradores de Instrumentos Públicos se abstendrán de registrar actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales, en los que no se protocolice la autorización del Incora cuando con tales actos o contratos se fraccionen dichos inmuebles

La declaratoria de caducidad de los contratos relacionados con baldíos y la reversión al dominio de la Nación se harán sin perjuicio de los derechos de terceros.

Las prohibiciones y limitaciones señaladas en los incisos anteriores, deberán consignarse en los títulos de adjudicación que se expidan”

Señala la consulta que de acuerdo con el análisis del artículo transcrito anteriormente “son nulos los contratos por medio de los cuales cualquier persona natural o jurídica, adquiera el dominio o propiedad sobre uno o más predios inicialmente adjudicados como baldíos, sin importar la época de la adjudicación del bien baldío, si con esta(s) venta(s) se excede(n) los límites máximos para la titulación señalados por la Junta Directiva para las Unidades Agrícolas Familiares en el respectivo municipio o región”

Recalca “que a los registradores de instrumentos públicos les compete la obligación de no registrar actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales, en los que no se protocolice la autorización del Incora cuando con tales actos se fraccionen dichos inmuebles, lo que implica a juicio de esta superintendencia, que la obligación es para el fraccionamiento de las UAFS pero el legislador guardo silencio en lo relacionado con la adquisición de la propiedad sobre terrenos inicialmente adjudicados como baldíos, si las extensiones exceden los límites máximos para la titulación señalados por la Junta Directiva para las Unidades Agrícolas Familiares en el respectivo municipio o región”.

Manifiesta que se observa con preocupación que las compras masivas de tierra están concentrando la propiedad, vulnerando la función social de la misma e incumpliendo el ideal de la Ley 160 de 1994 de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (...) con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Para resolver los interrogantes plasmados en el consulta la Sala estudiara (i) los objetivos y fines de la Ley 160 de 1994; (ii) el concepto de Unidad Agrícola Familiar; (iii) las limitaciones

a la venta de predios adjudicados de terrenos baldíos y, (iv) los antecedentes y contenido normativo del artículo 72 de la Ley 160 de 1994.

(i) Objetivos y fines de la Ley 160 de 1994

La Ley 160 de 1994 por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, entre otras disposiciones, establece un subsidio para la adquisición de tierras, y reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria². Su artículo primero dispone que la ley se inspira en el precepto constitucional según el cual es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra por parte de los trabajadores agrarios, con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de la población campesina. El párrafo del citado artículo establece que los fines allí consignados, deben servir de marco para la reglamentación, interpretación y ejecución de la ley.

Precisamente, el numeral primero del precitado artículo primero dispone que uno de los objetivos de la ley es el de “promover y consolidar la paz, a través de mecanismos encaminados a lograr la justicia social, la democracia participativa y el bienestar de la población campesina”. En igual forma, el numeral segundo afirma que otro de sus objetivos es “reformular la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico y dotar de tierras a los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos (...)”

Los principios enumerados no son otra cosa que la expresión de la concepción participativa e incluyente del Estado Social de Derecho y desarrollan mandatos constitucionales que le imponen al Estado el deber de democratizar el acceso a la propiedad (art 60 C.P.) y de forma particular la obligación de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores”

(ii) El concepto de Unidad Agrícola Familiar (UAF)

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 160 de 1994 se “entiende por Unidad Agrícola Familiar (UAF), la empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal cuya extensión, conforme a las condiciones agroecológicas de la zona y con tecnología adecuada, permite a la familia remunerar su trabajo y disponer de un excedente capitalizable que coadyuve a la formación de su patrimonio. La UAF no requerirá normalmente para ser explotada sino del trabajo del propietario y su familia, sin perjuicio del empleo de mano de obra extraña, si la naturaleza de la explotación lo requiere”.

De acuerdo con lo anterior, la Unidad Agrícola Familiar constituye, como se observa en su definición y en diversos apartes de la ley, el patrón de referencia o de medida que se tiene de la tierra a nivel rural para garantizar la subsistencia de una familia campesina, la remuneración de su trabajo y generar excedentes capitalizables que les permitan mejorar su vida.

La Unidad Agrícola Familiar tiene por objeto garantizar propiedades rurales productivas que razonablemente permitan la satisfacción de las necesidades básicas de las familias cam-

² Por medio de esta ley se derogan las Leyes 34 de 1936, 135 de 1961, 1a. de 1968, 4a. de 1973 salvo los artículos 2° y 4°, los artículos 28, 29 y 32 de la Ley 6° de 1975, la Ley 30 de 1988, los Decretos extraordinarios 1368 de 1974 y 1127 de 1988 y las demás disposiciones que sean contrarias a la ley.

pesinas y la generación de ahorro propio según cada zona o región del país, de forma que es dentro de ese límite en que se desarrolla la facultad del Estado de hacer efectivo el acceso a la propiedad rural.

(iii) las limitaciones a la venta de predios adjudicados provenientes de terrenos baldíos

Conjuntamente con los programas de productividad, adecuación de tierras y demás proyectos de desarrollo del sector agropecuario a cargo del Incoder, la Ley 160 de 1994 consagra diversos mecanismos básicos de acceso a la propiedad rural, siendo importante en todos ellos el énfasis que hace el legislador en la promoción e inclusión a la propiedad de las personas que carecen de medios para ello, en el deber del Estado de evitar y corregir los procesos de concentración de la tierra y en la necesidad de evitar el acaparamiento del bienes baldíos. Para ello la ley prevé diversos mecanismos de apoyo, como subsidios directos para la compra de tierras, adquisición directa de tierras por el Estado para entregarlas a grupos que son objeto de protección constitucional reforzada y adjudicación de tierras baldías

Como este último aspecto constituye el tema central de la consulta, la Sala procede a hacer un recuento de lo preceptuado al respecto en los artículos 65 a 78 de la Ley 160 de 1994.

El artículo 65 consagra que la propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, solo se puede adquirir mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Incora hoy Incoder. Como regla general el Incoder puede decretar la reversión de la entrega de un baldío cuando se compruebe la violación de las normas sobre conservación y aprovechamiento racional de los recursos naturales, o el incumplimiento de las obligaciones y condiciones bajo las cuales se produjo la adjudicación.

El artículo 66 dispone que a partir de la vigencia de la ley, las tierras baldías se titularan en Unidades Agrícolas Familiares. Siendo el Incora, actual Incoder, la entidad encargada de señalar para cada región o municipio, las extensiones máximas y mínimas adjudicables. El artículo 67 establece los criterios mediante los cuales se determina la extensión adjudicable en Unidades Agrícolas Familiares.

El artículo 68 plantea la posibilidad de hacer adjudicaciones de baldíos a favor de entidades de derecho público, cuando se requiera, por ejemplo, para la construcción de obras de infraestructura. Asimismo plantea que se podrán adjudicar baldíos a fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que presten un servicio público.

El artículo 69 establece condiciones para la adjudicación de un baldío, consagrando la forma como se deben privilegiar a los campesinos o pescadores ocupantes.

En el artículo 70 se consagra la forma como se adjudican las Unidades Agrícolas Familiares y los casos de entregas a los cónyuges o compañeros.

El artículo 71 se refiere a las limitaciones que se tiene para la entrega de baldíos a personas naturales o jurídicas en consideración a su condición socioeconómica, o por haber sido funcionarios, contratistas o miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades

públicas que integran los diferentes subsistemas del Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino.

Literalmente el artículo 72 dispone:

“No se podrán efectuar titulaciones de terrenos baldíos en favor de personas naturales o jurídicas que sean propietarias o poseedoras, a cualquier título, de otros predios rurales en el territorio nacional.

Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, en el momento de presentar la solicitud de titulación el peticionario deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, si es o no propietario o poseedor de otros inmuebles rurales en el territorio nacional. Serán absolutamente nulas las adjudicaciones que se efectúen con violación de la prohibición establecida en este artículo.

La acción de nulidad contra las resoluciones de adjudicación de baldíos podrá intentarse por el Incora, por los Procuradores Agrarios o cualquier persona ante el correspondiente Tribunal Administrativo, dentro de los dos (2) años siguientes a su ejecutoria o desde su publicación en el “Diario Oficial”, según el caso.

La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones de titulación de baldíos que expida el Incora. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Incora podrá revocar directamente, en cualquier tiempo, las resoluciones de adjudicación de tierras baldías proferidas con violación a lo establecido en las normas legales o reglamentarias vigentes sobre baldíos.

En este caso no se exigirá el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En lo demás, el procedimiento de revocación se surtirá con arreglo a las prescripciones del Código de lo Contencioso Administrativo.

Para la aplicación de las prohibiciones previstas en el presente artículo, se tendrán en cuenta, además, las adjudicaciones de terrenos baldíos efectuadas a sociedades de las que los interesados formen parte, lo mismo que las que figuren en cabeza de su cónyuge, compañero permanente e hijos menores que no hayan obtenido habilitación de edad.

Ninguna persona podrá adquirir la propiedad sobre terrenos inicialmente adjudicados como baldíos, si las extensiones exceden los límites máximos para la titulación señalados por la Junta Directiva para las Unidades Agrícolas Familiares en el respectivo municipio o región. También serán nulos los actos o contratos en virtud de los cuales una persona aporte a sociedades o comunidades de cualquier índole, la propiedad de tierras que le hubieren sido adjudicadas como baldíos, si con ellas dichas sociedades o comunidades consolidan la propiedad sobre tales terrenos en superficies que excedan a la fijada por el Instituto para la Unidad Agrícola Familiar.

Quien siendo adjudicatario de tierras baldías las hubiere enajenado, no podrá obtener una nueva adjudicación antes de transcurridos quince (15) años desde la fecha de la titulación anterior.

Los terrenos baldíos adjudicados no podrán fraccionarse en extensión inferior a la señalada por el Incora como Unidad Agrícola Familiar para la respectiva zona o municipio, salvo las excepciones previstas en esta ley.

Los Registradores de Instrumentos Públicos se abstendrán de registrar actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales, en los que no se protocolice la autorización del Incora cuando con tales actos o contratos se fraccionen dichos inmuebles.

La declaratoria de caducidad de los contratos relacionados con baldíos y la reversión al dominio de la Nación se harán sin perjuicio de los derechos de terceros. Las prohibiciones y limitaciones señaladas en los incisos anteriores, deberán consignarse en los títulos de adjudicación que se expidan”.

(iv) Los antecedentes y contenido normativo del artículo 72 de la Ley 160 de 1994.

Una norma con similar sentido al artículo 72 de la Ley 160 de 1994, se encuentra en el artículo 37 de ley 135 de 1961, que disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. El propietario de tierras que le hayan sido adjudicadas como baldíos no podrá, obtener nueva adjudicación si con esta sobrepasa los límites máximo señalados en la presente ley.

Igual regla se aplicará al propietario de tierras cuyo título provenga de adjudicación de baldíos a cualquier otra persona, realizada dentro de los cinco años anteriores.

Quien hubiere obtenido una adjudicación de tierras baldías y las hubiere enajenado, no podrá obtener nuevas adjudicaciones antes de transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la adjudicación interior.

Para la aplicación de las prohibiciones que contempla el presente artículo se tomarán en cuenta las superficies adjudicadas a sociedades de que el interesado forme parte, en proporción a los derechos que en ellas posea, lo mismo las que figuren en cabeza de su cónyuge o hijos menores que no hayan obtenido habilitación de edad.

Cuando se trate de celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de esta ley, con sociedades de personas, se tomarán en cuenta las adjudicaciones hechas con anterioridad a los socios de estas y a su cónyuge e hijos menores, para el efecto de las prohibiciones que el presente artículo establece.

Las sociedades que celebren contratos sobre tierras baldías conforme a los artículos 32 y 33, de esta ley, no podrán traspasar sin previa autorización del Instituto los derechos y obligaciones que nazcan de ellos, mientras no se haya hecho la adjudicación definitiva de las tierras contratadas. Cualquier traspaso hecho con violación de estos requisitos será absolutamente nulo, y el Instituto podrá, además, declarar administrativamente resuelto el contrato, en cuyo caso las tierras volverán a su poder en el estado en que se hallen.

El traspaso de los derechos o acciones de un socio en las citadas sociedades, por acto entre vivos, antes de la adjudicación definitiva de las tierras contratadas, requiere también la previa autorización del instituto. La omisión de este requisito vicia de nulidad absoluta el traspaso”.

Como se observa, el artículo 37 de la Ley 135 de 1961, previó, con algunas modificaciones, las restricciones a las que se refiere el artículo 72 de la Ley 160 de 2004, especialmente lo relacionado con la imposibilidad de ser adjudicatario de baldíos por encima del límite máximo señalado en la ley, incluso si la adjudicación inicial había sido hecha a un tercero, o teniendo en cuenta para ese cálculo las superficies adjudicadas al interesado o a su familia, directamente o a través de sociedades en las que se es parte.

El artículo 13 de la Ley 30 de 1988 mantiene la restricción general de adjudicar bienes baldíos a personas propietarias de predios rurales (si con ello se exceden los límites máximos adjudicables), modifica el artículo 37 de la Ley 135 en mención en el sentido de prohibir, de manera expresa, so pena de nulidad, la concentración en una sola persona de la propiedad de predios colindantes, inicialmente adjudicados como baldíos, si la sumatoria de sus extensiones excede el máximo de superficie adjudicable. Dice la norma:

“Artículo 13. El artículo 37 de la Ley 135 de 1961, quedará así: Artículo 37. A partir de la vigencia de la presente ley, no podrán hacerse adjudicaciones de terrenos baldíos nacionales a personas natura/es o jurídicas de cualquier índole que sean propietarias de otros predios rurales, si la suma de las áreas superficiarias de los inmuebles que tuvieran en el territorio nacional, excediere los límites adjudicables de baldíos nacionales señalados por la presente Ley. Exceptúense de lo aquí dispuesto, las adjudicaciones que se hagan a entidades de derecho público cuando el terreno solicitado en adjudicación deba destinarse a la prestación de un servicio público y las que se hagan a empresas comunitarias, cooperativas, o empresas especializadas del sector agropecuario cuando su objeto social principal sea la explotación de tierras baldías.

Quien siendo adjudicatario de tierras baldías, las hubiere enajenado, no podrá obtener una nueva adjudicación antes de transcurridos 15 años desde la fecha de la adjudicación anterior.

En el momento de formular la solicitud de adjudicación de un terreno baldío, toda persona natural o jurídica deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la sola presentación de la solicitud, si es o no propietaria de un predio en el territorio nacional y si la suma de la superficie de los inmuebles que posee, más la superficie del baldío cuya adjudicación pretende, excede de los límites adjudicables de que trata la presente ley.

Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La acción de nulidad contra la respectiva resolución de adjudicación podrá intentarse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), los Procuradores Agrarios o cualquier persona ante el correspondiente Tribunal Administrativo, dentro de dos (2) años siguientes a su ejecutoria o desde su publicación en el Diario Oficial, según el caso. La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones de titulación de baldíos que expida el Incora.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Incora podrá revocar directamente las resoluciones de adjudicación de tierras baldías que dicte con violación a lo establecido en

la presente Ley. En este caso no se exigirá el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En lo demás, el procedimiento de revocación se surtirá con arreglo a las prescripciones del Código de lo Contencioso Administrativo.

Para la aplicación de las prohibiciones previstas en el presente artículo, se tendrán en cuenta las adjudicaciones efectuadas a sociedades de que el interesado forme parte, en proporción a los derechos que en ellas posea, lo mismo que las que figuren en cabeza de sus cónyuges e hijos menores que no hayan obtenido habilitación de edad.

Sin perjuicio de su libre enajenación, a partir de la vigencia de la presente Ley, la propiedad de las tierras baldías adjudicadas, so pena de nulidad absoluta del acto o contrato, no podrá consolidarse en cabeza de un solo propietario, con tierras colindantes, en extensiones que sumadas entre sí excedan del límite de adjudicación individual de baldíos de que trata este artículo, ni aportarse a comunidades o a sociedades que directa o indirectamente las refundan en su patrimonio, a las que se incorporen inmuebles aledaños que excedan del mismo límite, ni fraccionarse por acto entre vivos o por causa de muerte, o por disposiciones judiciales, sin previa autorización de la Junta Directiva del Instituto.

Parágrafo 1°. Los notarios y registradores de instrumentos públicos, so pena de incurrir en causal de mala conducta, que será sancionada con vacancia del cargo o destitución, se abstendrán de autorizar el otorgamiento de escrituras públicas y el registro de actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales que se hagan a partir de la vigencia de la presente Ley, en los que no se protocolice certificación del Incora en que conste que el acto de enajenación no viola las prohibiciones legales del Capítulo VIII de la presente ley, o autorización del Instituto para efectuar el acto o contrato, en los casos en que esta se requiera.

Parágrafo 2°. La declaratoria de caducidad de la adjudicación de un baldío, y su reversión al dominio de la nación se hará sin perjuicio de los derechos de terceros.

Dentro de los 5 años siguientes a la adjudicación de un baldío, este solamente podrá ser gravado con hipoteca para garantizar obligaciones derivadas de créditos de fomento otorgados por entidades financieras. El Incora tendrá opción privilegiada para adquirir en las condiciones de que trata el numeral 11 del artículo 14 de la presente ley, los predios recibidos en pago por los intermediarios financieros cuya primera tradición provenga de la adjudicación de un baldío nacional, que se haga con posterioridad a la vigencia de la presente Ley” (subraya y negrilla fuera de texto).

Estas medidas, dirigidas a impedir la concentración de la propiedad rural a través de la suma de superficies de bienes baldíos colindantes, fueron desarrolladas por el artículo 63 del Decreto 2275 de 1988, reglamentario de la ley 30 de 1988, que dispuso:

“Artículo 63. Son absolutamente nulos los actos o contratos que se efectúen aun por disposición judicial sobre terrenos baldíos adjudicados a partir de la vigencia de la Ley 30 de 1988, mediante los cuales se consolide en cabeza de un solo propietario el dominio de terrenos colindantes en extensiones que sumadas entre sí excedan el límite de adjudicación individual, ni aportarse a comunidades o a sociedades que directa o indirectamente las refundan en su

patrimonio, a las que se incorporen inmuebles aledaños que excedan del mismo límite, ni fraccionarse por acto entre vivos o por causa de muerte, si no obra previa autorización impartida por la Junta Directiva del Incora.

El Incora a través de su Junta Directiva reglamentará los casos en que proceda la autorización de que trata el presente artículo.

En consecuencia, los jueces que conozcan de procesos respecto de bienes cuyo dominio provenga de la adjudicación de baldíos y los particulares interesados en la transferencia de esta clase de inmuebles, deberán solicitar al Incora certificación de que el acto o contrato no es violatorio de la ley.

El Incora establecerá si el beneficiario del acto o contrato es propietario de predios colindantes al baldío adjudicado o de otros predios rurales y en caso positivo, si las extensiones de tales terrenos computadas con la superficie del terreno objeto del mismo, no exceden el límite legal adjudicable, en cuyo caso expedirá la certificación respectiva, la cual deberá ser protocolizada con la escritura o acto correspondiente.

Parágrafo. Los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos no podrán autorizar el otorgamiento de escrituras públicas y el registro de actos o contratos de tradición sobre inmuebles cuyo dominio provenga de la adjudicación de baldíos en los cuales no se protocolice la certificación del Incora, expedida conforme a este artículo, en que conste que el acto o contrato no viola las disposiciones del capítulo VIII de la Ley 135 de 1961, modificada por la Ley 30 de 1988”.

El análisis de las normas transcritas permite concluir que las limitaciones y regulaciones introducidas por el artículo 13 de Ley 30 de 1988 se mantienen y se hacen más exigentes con la Ley 160 de 1994.

Observa la Sala que la claridad de la disposición y de sus antecedentes normativos, respalda la regla de derecho que según la consulta ha sido aplicada por los registradores de instrumentos públicos, esto es, que el artículo 72 de la Ley 160 de 1994 prohíbe, so pena de nulidad, que una misma persona adquiera varios bienes inicialmente adjudicados como baldíos, si por esa vía se **acumulan derechos de propiedad que exceden los límites máximos de extensión de la Unidad Agrícola Familiar. Prohibición esta que la ley extiende a los casos en que esa acumulación de bienes se da a través de la conformación de sociedades o comunidades de cualquier tipo.**

En conclusión, la disposición analizada impide la concentración en una sola persona de aquéllos predios inicialmente adjudicados como baldíos, excluyendo así a quienes sin ser realmente destinatarios de la ley, pueden valerse de su capacidad adquisitiva para acaparar la propiedad rural y distorsionar la efectividad del proceso de democratización ordenado en la Constitución.

No obstante la claridad de las anteriores conclusiones, en consideración a algunos de los interrogantes formulados en la Consulta, la Sala se pregunta: ¿Qué sucederá si se otorga una escritura pública que constituya un título traslativo del dominio sobre un predio inicialmente adjudicado como baldío, cuando con dicha venta se están violando los límites de concen-

tración de propiedad establecidos por la ley? ¿Podría demandarse la nulidad de la escritura? ¿Quién sería titular de la acción?

Como es apenas lógico en un Estado Social de Derecho, la demanda para la declaración de nulidad de la escritura pública sobre la transferencia de un bien adjudicado como baldío, cuando con dicha transferencia se violaron los límites de propiedad establecidos por la ley, debe ser instaurada por quienes están legitimados según el artículo 72 de la Ley 160 de 1994, ante el juez a quien le corresponda según las reglas de competencia que otorga el precitado artículo 72, dado que finalmente el contenido de la escritura lo constituye la resolución de adjudicación dada por la autoridad competente.

Al respecto es importante recordar el pronunciamiento del Consejo de Estado referenciado con la Radicación número: 11001-03-24-000-1999-02477-01 SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA del treinta y uno (31) de marzo del año dos mil cinco (2005), que en su aparte pertinente dispuso que la *“ESCRITURA PUBLICA - No es acto administrativo per se pero su contenido puede ser demandado ante esta jurisdicción si es acto o contrato...”*

En la misma forma se pronunció la Sección Quinta de esta Corporación, al afirmar: *“Entonces, la escritura pública constituye una solemnidad que permite demostrar el contenido preciso de la declaración de voluntades unilaterales o multilaterales dirigidas a constituir o declarar derechos y obligaciones. En otras palabras, la escritura pública es el documento que protocoliza la manifestación de voluntad, pero no es la voluntad misma de los otorgantes”. Por contraste, se infiere que la escritura pública no es en sí misma un acto administrativo, luego no es susceptible de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa. Lo que sí puede ser enjuiciado ante esta jurisdicción es su contenido siempre y cuando este consista en un acto administrativo o un contrato estatal, dicho de otra forma, que la declaración que contenga y que mediante ella ha sido protocolizada constituya un acto administrativo o un acuerdo de voluntades en la que intervenga una entidad estatal”.* (Sentencia de 26 de abril de 2004, expediente ACU-0057, consejero ponente doctor Darío Quiñónez Pinilla)”.

En igual sentido se manifestó la Corte Constitucional cuando al resolver una acción de tutela sobre unas escrituras dejadas sin valor por decisión administrativa, afirmó que se debe esperar a que el organismo competente declare la nulidad de esos títulos, so pena de que se presente una vulneración al debido proceso. Dijo la Corte en la sentencia de Tutela 465 de 2009:

“La Sala estima que la presente acción de tutela es procedente. En primer lugar, en relación con aquellos actos o negocios jurídicos que han sido elevados a escritura pública e inscritos en el registro de instrumentos públicos, el legislador ha considerado que, por esas solas circunstancias, ellos tienen una apariencia de legalidad que solo puede ser desvirtuada por la declaración de los propios interesados, o bien por la del juez, en caso de controversia. Por esa razón, como se vio, el artículo 40 del Decreto 1250 de 1970 prescribe perentoriamente que la cancelación de un registro o inscripción procede solo en dos casos: cuando se le presente al registrador la prueba de la cancelación del título o acto registrado, por parte de los otorgantes que intervinieron en él (voluntad de los propios interesados), o cuando existe una orden judicial en tal sentido”.

De otra parte el estatuto de notariado Decreto 960 de 1970 en su artículo 45 consagra que se puede declarar la cancelación cuando haya:

1. Declaración de los interesados
2. Decisión judicial en los casos de ley (Sentencia de constitucionalidad C-355 de 1997)

El artículo 46 del mismo decreto establece los modos de realizar esta cancelación.

“El otorgante o los otorgantes de una escritura pueden declararla cancelada o sin efecto por decisión individual o por mutuo acuerdo según el caso, en una nueva escritura, con todos los requisitos legales, siempre que la retractación o revocación no esté prohibida”

Por su parte el artículo 47 ibidem dice:

“La cancelación decretada judicialmente se comunicará al Notario que conserva el original de la escritura cancelada mediante exhorto, que ha de contener la transcripción textual del encabezamiento, fecha y parte resolutive pertinente de la providencia, y que será protocolizado directamente por el interesado”

De acuerdo con lo expuesto,

LA SALA RESPONDE:

1. *¿Son nulas las escrituras públicas de trasferencias de dominio de predios inicialmente adjudicados como baldíos si con esa o esas adquisiciones el comprador excede el límite máximo establecido para la unidad agrícola familiar en la respectiva región?*

Sí, son nulas. El fundamento de la respuesta está claramente señalado en el inciso 8° del artículo 72 Ley 160 de 1994 que en la parte pertinente dispone que *“Ninguna persona podrá adquirir la propiedad sobre terrenos inicialmente adjudicados como baldíos, si las extensiones exceden los límites máximos para la titulación señalados por la junta directiva para las Unidades Agrícolas Familiares en el respectivo municipio o región. También serán nulos los actos o contratos en virtud de los cuales una persona aporte a sociedades o comunidades de cualquier índole la propiedad de tierras que le hubieren sido adjudicadas como baldíos, si con ellas dichas sociedades o comunidades consolidan la propiedad sobre tales terrenos en superficies que excedan a la fijada por el Instituto para la Unidad Agrícola Familiar”*. En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-536 de 1996.

2. *¿Qué entidad judicial o administrativa es la competente para declarar la nulidad de esas escrituras públicas?*

De acuerdo con lo expuesto, la nulidad de las escrituras públicas de transferencia de dominio de predios inicialmente adjudicados como baldíos, debe ser declarada por un juez de la república.

3. *¿Puede la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o la Superintendencia de Notariado y Registro, como superior jerárquico de aquella, iniciar de oficio las actuaciones administrativas tendientes a revocar la inscripción de esas escrituras, o debe de esperar a que el organismo competente declare la nulidad de esos títulos y ordene la cancelación de los correspondientes asientos registrales?*

Se debe de esperar a que el juez competente declare la nulidad de esos títulos y ordene la cancelación de los asientos notariales.

4. *¿Debe el Incoder revocar la resolución de adjudicación para que quede en cabeza del instituto, de su adjudicatario original o de quien transfirió el predio a la persona natural o jurídica que, con esa venta exceda el límite máximo establecido para la Unidad Agrícola Familiar?*

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 6° del artículo 72 de la Ley 160 de 1994, el Incoder podrá revocar directamente, en cualquier tiempo, las resoluciones de adjudicación de tierras baldías proferidas con violación a lo establecido en las normas legales y reglamentarias. En los demás casos hay que estarse a lo que decida el juez competente. El problema que plantea la pregunta se refiere a una situación posterior a la adjudicación, ocasionada por un negocio jurídico de compra y venta sobre el bien objeto de aquella. En este caso lo único que puede hacer el Incoder es instaurar el proceso de nulidad ante los jueces competentes.

5. *¿Debe el registrador de instrumentos públicos abstenerse de registrar actos o contratos de tradición de inmuebles cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales, cuando el comprador o adquirente supere la extensión máxima de la Unidad Agrícola Familiar para esa región o municipio?*

Si, debe abstenerse. Según la normatividad vigente, la oficina de registro debe observar lo consagrado en el Decreto 1250 de 1970, en especial en su artículo 37 que dice: “*Si la inscripción del título no fuera legalmente admisible, así se indicará en la columna sexta del Libro Radicador, se dejará copia del título en el archivo de la oficina y el ejemplar correspondiente se devolverá al interesado bajo recibo*”. Más explícito es el artículo 39 del Decreto 1250 de 1970 que a la letra dice: “*Los Notarios y Registradores se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas, que traspasen el dominio de Unidades Agrícolas Familiares en favor de terceros, en las que no se acredite haber dado al Incora (hoy Incoder) el derecho de opción, así como la constancia o prueba de su rechazo expreso o tácito*”

En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C- 536 de 1997, cuya parte pertinente afirma: “*Los Registradores de Instrumentos Públicos se abstendrán de registrar actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales, en los que no se protocolice la autorización del Incora (hoy Incoder) cuando con tales actos o contratos se fraccionen dichos inmuebles*”

6. *¿Qué entidad tiene la competencia de impedir y controlar la concentración de propiedad de la tierra en Colombia?*

De acuerdo con la actual legislación, en especial según lo dispuesto por el artículo 4° del decreto 1300 de 2003³, la entidad encargada de desarrollar y coordinar dicha función es el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder).

3 ARTÍCULO 4°. FUNCIONES GENERALES. Son funciones generales del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, las siguientes:

1. Establecer y adoptar los planes, programas y proyectos de desarrollo agropecuario y rural en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y de las políticas y directrices del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.
2. Formular y presentar propuestas en coordinación con otras instituciones públicas, a la Comisión Intersectorial que para el efecto creará el Gobierno nacional y formalizar convenios interinstitucionales que integren las intervenciones en el medio rural, de conformidad con los respectivos programas agropecuarios y desarrollo rural.

7. *¿De conformidad el artículo 72 de la Ley 160 de 1994 y la resolución n.º 041 de 1996, el control sobre la concentración de la propiedad proveniente de la adjudicación de terrenos baldíos se limita respecto de cada municipio, zona o región?*

Si, cada municipio zona o región tiene un tamaño diferente de Unidad Agrícola Familiar.

8. *¿Si las sociedades que conforman un Grupo Empresarial adquieren a nombre propio (y no del grupo empresarial) predios inicialmente adjudicados como baldíos que, al sumarse superan el límite máximo de la UAF establecida para la respectiva región o municipio, debe entenderse dicha operación como concentración de UAF en cabeza del Grupo Empresarial?*

Según el artículo 28 de la Ley 222 de 2005 “Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persiga la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan”

Aunque la declaratoria de grupo empresarial tiene fines de responsabilidad, los actos que se efectúen estarían en cabeza de la sociedad que los ejecute, puesto que un grupo empresarial en sí mismo no es una persona jurídica. Ahora bien, si lo que se pretende es evitar la concentración de la tierra por parte del grupo empresarial, es necesario tener en cuenta que

3. Proponer y adoptar la distribución de recursos para adelantar los programas de desarrollo rural, en las áreas prioritarias que se definan con sujeción a los criterios previamente establecidos.
4. Desarrollar e implementar sistemas de vigilancia, seguimiento y evaluación de los planes, programas y proyectos relacionados con el cumplimiento de la misión institucional.
5. Propender por un adecuado uso y aprovechamiento de las aguas y las tierras rurales aptas para la explotación forestal y agropecuaria, así como de las tierras incultas, ociosas o deficientemente aprovechadas, impulsando esquemas de acceso y en donde sea necesario, corrigiendo la estructura de tenencia con miras a garantizar su distribución ordenada y su uso racional, en coordinación con los organismos públicos y entidades competentes.
6. Regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías de la nación al establecer zonas de reserva campesina, con sujeción a los criterios de ordenamiento territorial y de la propiedad rural.
7. Ordenar y adelantar la expropiación de predios, mejoras y servidumbres de propiedad privada o pública, cuando se determine su interés social.
8. Adelantar los procedimientos relacionados con la titulación colectiva de tierras a las comunidades negras, conforme a lo establecido en la ley.
9. Planificar y ejecutar los procedimientos para la constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de los resguardos indígenas en beneficio de sus comunidades.
10. Asesorar y acompañar a las entidades territoriales, comunidades rurales y al sector público y privado, en los procesos de identificación, preparación y ejecución de proyectos en materia de infraestructura física, social, productiva, de servicios básicos y adecuación de tierras, garantizando el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en el marco de los programas que se adelanten en las áreas de desarrollo agropecuario y rural, en coordinación con los organismos públicos y entidades competentes.
11. Promover procesos de capacitación a las comunidades rurales en asuntos de organización, acceso y uso de los factores productivos, formación socioempresarial y gestión de proyectos.
12. Regular, autorizar y controlar el ejercicio de la actividad pesquera y acuícola para asegurar el aprovechamiento sostenible de los recursos pesqueros y acuícolas.
13. Dirigir y coordinar los programas y proyectos de investigación para el desarrollo y ordenamiento de la pesca y la acuicultura.
14. Financiar y cofinanciar planes, programas y proyectos de inversión para la ejecución de programas de desarrollo agropecuario y rural en los territorios en donde se establezcan áreas de actuación.
15. Fortalecer la capacidad técnica y empresarial de las organizaciones rurales e impulsar su asociación con empresarios para optimizar el acceso y uso de los recursos tecnológicos y financieros, la generación de valor agregado y su reinversión en el territorio rural.
16. Apoyar los espacios de participación del sector público y privado en el marco de los Consejos Municipales de Desarrollo Rural y los Consejos Seccionales de Desarrollo Agropecuario, CONSEA, para concretar acuerdos estratégicos en lo productivo y social, en las áreas de desarrollo rural identificadas como prioritarias.
17. Propiciar mecanismos de participación ciudadana para ejercer el control social sobre las inversiones públicas que realice la entidad.
18. Gestionar y celebrar convenios de cooperación científica, técnica y financiera con entidades nacionales y extranjeras que contribuyan al cumplimiento de su objeto social.
19. Adelantar el proceso de delegación de funciones a las administraciones departamentales, salvo aquellas que por su naturaleza no sean susceptibles de delegación.
20. Las demás funciones que le señale la ley.

el examen de imputación por concentración no podría hacerse al grupo empresarial como tal, sino a la MATRIZ, que es persona jurídica y es la que controla a sus SUBORDINADAS.

Bajo estos supuestos hay que entender que cuando hay un grupo empresarial, debidamente determinado por la Superintendencia correspondiente, la adquisición por parte de las sociedades que lo conforman, de predios inicialmente adjudicados como baldíos, debe tomarse como concentración ilegal de tierras, cuando la suma de todas ellas superan el límite máximo de la UAF establecido para la respectiva zona o región.

9. ¿Se entiende que existe concentración de UAF cuando una o más personas constituyen varias sociedades por acciones simplificadas - SAS, a través de ellas, adquieren predios inicialmente adjudicados como baldíos que sumadas sus respectivas áreas, superan el límite máximo de la UAF establecida para la respectiva región o municipio?

Si, pues el inciso 8° del artículo 72 de la Ley 160 de 1994 determina con claridad que para la aplicación de las prohibiciones previstas en dicho artículo, entre las que se incluye la concentración de UAF, se tendrán en cuenta las adjudicaciones de terrenos baldíos efectuadas a sociedades de las que los interesados formen parte, cualquiera sea la naturaleza de las mismas.

10. ¿Es aplicable la prohibición señalada en el artículo 72 de la Ley 160 de 1994 cuando se pretenda enajenar un predio que supera los límites de la UAF para el respectivo municipio o región, pero que fue legalmente adjudicado en vigencia de la ley 135 de 1968 (sic) y el área del predio no superaba el límite permitido por la legislación vigente para ese momento?

Si, pues el artículo 39 de la Ley 160 de 1994⁴ establece una serie de limitantes y condiciones para la enajenación de predios que fueron legalmente adjudicados durante la vigencia de la ley 135 de 1961.

Remítase al señor Ministro de Educación 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. Óscar Reyes Rey, Secretario de la Sala.

4 ARTÍCULO 39. Quienes hubieren adquirido del Incora Unidades Agrícolas Familiares con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, quedan sometidos al régimen de propiedad parcelaria que en seguida se expresa:
Por el solo hecho de la adjudicación, se obligan a sujetarse a las reglamentaciones existentes sobre uso y protección de los recursos naturales renovables, así como a las disposiciones sobre caminos y servidumbres de tránsito y de aguas que al efecto dicte el Instituto.
Hasta cuando se cumpla un plazo de quince (15) años, contados desde la primera adjudicación que se hizo sobre la respectiva parcela, no podrán transferir el derecho de dominio, su posesión o tenencia sino a campesinos de escasos recursos sin tierra, o a minifundistas. En este caso el adjudicatario deberá solicitar autorización expresa del Incora para enajenar, gravar o arrendar la Unidad Agrícola Familiar.
El Instituto dispone de un plazo de tres (3) meses, contados a partir de la recepción de la petición, para expedir la autorización correspondiente, transcurridos los cuales, si no se pronunciare, se entenderá que consiente en la propuesta del adjudicatario. Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad de la adjudicación, serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren en contravención de lo aquí dispuesto y no podrán los Notarios y Registradores otorgar e inscribir escrituras públicas en las que no se protocolice la autorización del Instituto o la solicitud de autorización al Incora, junto con la declaración juramentada del adjudicatario, de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando haya mediado silencio administrativo positivo.
En los casos de enajenación de la propiedad, cesión de la posesión o tenencia sobre una Unidad Agrícola Familiar, el adquirente o cesionario se subrogará en todas las obligaciones contraídas por el enajenante o cedente a favor del Instituto.
Quienes hayan adquirido el dominio sobre una parcela cuya primera adjudicación se hubiere efectuado en un lapso superior a los quince (15) años, deberán informar al Instituto respecto de cualquier proyecto de enajenación del inmueble, para que este haga uso de la primera opción de readquirirlo dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de recepción del escrito que contenga el informe respectivo. Si el Incora rechazare expresamente la opción, o guardare silencio dentro del plazo establecido para tomarla, el adjudicatario quedará en libertad para disponer de la parcela.
Los Notarios y Registradores se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas, que traspasen el dominio de Unidades Agrícolas Familiares en favor de terceros, en las que no se acredite haber dado al Incora el derecho de opción, así como la constancia o prueba de su rechazo expreso o tácito.

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.

Radicado 2235 y 2235 AD

Fecha: 07/12/2015

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 17 de junio de 2016

El Ministro de Salud y Protección Social consulta algunos aspectos legales relacionados con el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS), apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación por concepto de unidades de pago por capitalización (en adelante UPC), con base en los siguientes:

I. Antecedentes

1. Señaló que la Ley 100 de 1993 estableció como característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud la existencia de un Fondo de Solidaridad y Garantía (en adelante Fosyga).

2. Indicó que conforme al Decreto 1283 de 1996, los recursos de las subcuentas que conforman el Fosyga deben manejarse de manera independiente dentro de cada subcuenta y destinarse exclusivamente a las finalidades que consagra la ley.

3. Manifestó que el Fosyga se creó en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, sin personería jurídica ni planta de personal propia, y que de acuerdo con dicho artículo y con el decreto ley 4107 de 2011, se encuentra conformado por cinco subcuentas independientes, a saber: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito y; e) de garantías para la salud.

4. Agregó que el artículo 35 del Decreto 4107 de 2011, preceptuó que la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, es una dependencia del Ministerio de Salud y Protección Social, con autonomía administrativa y financiera, que se encarga de la administración de los fondos, cuentas y recursos de administración especial de protección social a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, y cuenta con una planta de personal independiente a la de dicha cartera.

5. De igual forma, indicó que el Fosyga en desarrollo de su objeto y de sus funciones efectúa un sin número de operaciones y reconocimientos económicos en los cuales intervienen

múltiples actores; citó, entre otros, a las Empresas Promotoras de Salud, a las Instituciones Prestadoras de Salud, a los Operadores PILA, a las entidades financieras, a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Administrador Fiduciario de los Recursos del Fosyga, y al Auditor de salud, jurídico y financiero de dicho fondo. Concluyó que, en consecuencia, el Fosyga utiliza gran cantidad de información, de diferente calidad y con origen en distintas fuentes.

6. Señaló que ante la complejidad de los procesos que ejecuta el Fosyga y la multiplicidad de actores que en estos intervienen, se creó a través del decreto ley 1281 de 2002, un procedimiento administrativo especial para el reintegro de los recursos del Fosyga que se reconocieran o apropiaran sin justa causa.

7. Resaltó el contenido del artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002, en relación con la capacidad para adelantar el trámite de restitución de los recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa, que está en cabeza del administrador fiduciario o de cualquier entidad o autoridad pública que, en ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación de los mencionados recursos en forma indebida. También destacó que la competencia para llevar a cabo el procedimiento administrativo de reintegro, se condicionó a la oportunidad en el conocimiento o la identificación de los hechos constitutivos de la apropiación sin justa causa.

8. Informó que en desarrollo del artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002, el Ministerio de Salud y la Protección Social expidió la Resolución n.º 460 de 2011, con el fin de establecer los parámetros a los que deberá sujetarse el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, o cualquier entidad o autoridad pública que en el marco de sus competencias o actividades como participe o actor en el flujo de caja, determine la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de recursos del SGSSS, con miras a lograr su reintegro.

9. Añadió que la Resolución 460 de 2011 fue derogada por la Resolución 3361 de 2013, con el fin de precisar el procedimiento de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa y ajustarlo a los principios rectores del ejercicio de la función administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 de 2011.

10. Advirtió que, aun cuando el decreto Ley 1281 de 2002 no contempla un término para adelantar el procedimiento administrativo especial para el reintegro de los recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa, la obligación de reintegrarlos debe tener un límite temporal para su exigibilidad, con el fin de no afectar el principio de seguridad o estabilidad jurídica.

11. Manifestó que el Decreto 4023 de 2011, definió el proceso integral de compensación y giro de recursos a las Empresas Promotoras de Salud (en adelante EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (en adelante EOC), y dispuso que para llevar a cabo dicho proceso se debe elaborar y presentar una declaración de giro y compensación.

12. Expuso también que antes de la vigencia del Decreto 4023 de 2011, el proceso integral de giro y compensación de los recursos por concepto de UPC a las EPS o EOC se reguló en el Decreto 2280 de 2004, cuyo artículo 9º disponía que, una vez surtido el proceso, la respectiva

declaración de giro y compensación se entendería aprobada y quedaría en firme dos (2) años después de la fecha límite para la presentación de la declaración de renta en la vigencia fiscal correspondiente, y que las EPS o EOC en ningún caso podrían apropiarse de recursos de la UPC sin el cumplimiento del procedimiento allí establecido.

13. Infirió que las disposiciones del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004 no son contradictorias con las que contiene el Decreto 4023 de 2011, sino por el contrario, son complementarias, en la medida en que este último nada dispuso sobre la firmeza de las declaraciones de giro y compensación y sus efectos.

14. Coligió que, una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de la UPC en los términos previstos en el artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, no es viable cuestionar los valores reconocidos a las EPS y EOC en virtud de dichas declaraciones, por cuanto se entiende que aquellas se han apropiado de los respectivos recursos de conformidad con la normativa vigente y aplicable para darles la destinación que el ordenamiento jurídico prevé. Por lo mismo, en el evento de haberse efectuado reconocimientos sin justa causa en el proceso, el Ministerio de Salud y Protección Social perdería competencia para adelantar el proceso de reintegro de dichos recursos.

Con base en lo anterior se formulan a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *“De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, la administración no puede cuestionar los conceptos y montos incluidos en dichas declaraciones, o cuáles son las consecuencias que de dicha firmeza se derivan?”*

2. *“De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, se extingue la facultad de la administración para adelantar el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa de que trata el artículo 3º del decreto Ley 1281 de 2002, que se hubiere podido presentar en el mismo período objeto de dichas declaraciones?”*

3. *“En el evento de no considerarse aplicables las previsiones contenidas en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, como límite temporal para que la administración adelante el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso integral de giro y compensación de UPC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1281 de 2002, ¿cuál sería el término con el que cuenta la administración para adelantar dicho procedimiento y cuál su sustento normativo?”*

14. Dando alcance a esta consulta, el Ministro de Salud y Protección Social presentó un escrito de ampliación en el que solicitó a la Sala pronunciarse sobre el alcance de la expresión *“apropiados o reconocidos sin justa causa”* dentro del marco del procedimiento de reintegro de los recursos contemplado en el artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013.

15. Señaló que las circunstancias por las cuales se puede generar la obligación de reintegro de recursos al Fosyga son: *i)* el trámite para la aprobación y pago de recobros presentados por concepto de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados por fallos de tutela, *ii)* el trámite para reconocimiento y pago de las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) del Fosyga, *iii)* el proceso de compensación del Régimen contributivo, y *iv)* el proceso de Liquidación Mensual de Afiliados (LMA) en el régimen subsidiado.

16. Explicó que dada la complejidad de cada una de las operaciones del sistema en el flujo de los recursos, se hacen verificaciones posteriores que buscan establecer situaciones de reconocimientos sin justa causa. Que en relación con los procesos de compensación, los administradores fiduciarios de los recursos del Fosyga adelantan un conjunto de auditorías que luego informan a las EPS para que estas hagan el proceso de aclaración o de restitución de los recursos en atención al procedimiento establecido en la Resolución 3361 de 2013. Apuntó que esas auditorías permitieron al Fosyga depurar y actualizar la base de Datos Única de Afiliados (BDUA) y de pagos del Histórico de Afiliados Compensados (HAC).

17. Al efecto detalló las auditorías que se han implementado para los procesos de compensación así: *i)* de afiliados fallecidos y cédulas canceladas actualizadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, *ii)* de registros con UPC reconocidas por más de treinta días, *iii)* de beneficiarios entre 18 y 25 años no identificados con condición de escolaridad o discapacidad, *iv)* a seriales de BDUA, en el evento en que la EPS no reporta novedades sobre registros inconsistentes que generan conflicto con afiliaciones correctas, *v)* fechas de nacimiento posiblemente erradas, en registros cuyas fechas son menores o iguales al año 1900, *vi)* beneficiarios con reconocimientos de número de días mayor al del cotizante, *vii)* beneficiarios sin cotizante, *viii)* cotizantes con más de un cónyuge simultáneo, activo para un mismo período, *ix)* prestaciones económicas no viables que corresponden a licencias de maternidad, paternidad y parto teniendo en cuenta días fuera de rango, períodos cerrados, fallecidos para la licencia, *x)* cruce de información con regímenes especiales y de excepción – BDEX, auditoría que se practica conforme a la Resolución 5512 de 2013, y *xi)* presuntos repetidos, depuración que se realiza conforme a la Resolución 2199 de 2013.

18. Informó que las primeras auditorías se realizaron en el período comprendido entre febrero de 2005 y el 30 de mayo de 2013, de cuya práctica surgió una amplia casuística para la cual considera que se debe contar con criterios jurídicos claros acerca de las situaciones en las que debe entenderse que existen apropiaciones indebidas o reconocimientos sin justa causa que hagan procedente la aplicación por parte de los intervinientes en el flujo de los recursos del SGSSS del reintegro de recursos contemplado en el artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, reglamentado en la Resolución 3361 de 2013.

19. Asimismo afirmó que es necesario determinar los casos en los cuales debe hacerse el reintegro de recursos con intereses liquidados a la tasa moratoria que se establece para los impuestos administrados por la DIAN, y cuándo procede con la actualización del IPC.

Con base en lo anterior se formulan las siguientes **PREGUNTAS:**

“1. ¿Con arreglo a las situaciones planteadas en cada uno de los procedimientos administrativos en virtud de los cuales se genera flujo de recursos del SGSSS, entre el Fosyga y los diferentes actores que intervienen en el mismo, cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar que se ha presentado una apropiación indebida de recursos o un reconocimiento sin justa causa de los mismos?”

“2. ¿Cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar los casos en los cuales procede el reintegro de recursos con intereses liquidados a la tasa moratoria establecida para los impuestos administrados por la DIAN, y cuándo procede el reintegro solo con la actualización del IPC”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

A. Problemas jurídicos

La consulta plantea varios problemas jurídicos, uno de ellos consiste en determinar cuál es el término con el que cuenta la administración para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación por concepto de Unidades de Pago por Capitación (UPC), conforme al artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002¹ y a la Resolución 3361 de 2013².

También debe la Sala establecer si la eventual ausencia de una norma que señale el plazo de prescripción de las obligaciones que surgen de un pago sin justa causa a las EPS y demás EOC en los procesos de giro y compensación de recursos de la salud, permite recurrir a lo dispuesto en el inciso último y en el párrafo del artículo 9º del Decreto Reglamentario 2280 de 2004³ que al parecer indica un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación queden en firme.

Además se debe determinar el alcance de la expresión “*sin justa causa*” que contiene el procedimiento de reintegro de los recursos que contempla el artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013, a fin de distinguir cuándo surge una apropiación o reconocimiento indebido de recursos de la salud que tenga ese carácter.

Finalmente se debe establecer en qué oportunidades debe hacerse el reintegro de los recursos de la salud que por cualquier causa se reconozcan o apropien sin causa legal junto con los intereses liquidados a la tasa moratoria establecida para los impuestos que administra la DIAN, y cuándo procede con la actualización del índice de precios al consumidor (IPC).

1 Decreto Ley 1281 de 2002 “por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”.

2 Resolución 3361 de 2013, “por la cual se fijó el procedimiento para el reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) apropiados o reconocidos sin justa causa”.

3 Decreto Reglamentario 2280 de 2004 “por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)”.

B. Análisis de la Sala

En la medida en que el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que han sido apropiados o reconocidos sin justa causa comporta la protección de una especie particular de recursos públicos, es preciso partir de las normas constitucionales y legales que señalan las características de esta clase de caudales, las cuales como se verá, permiten deducir algunos principios generales que serán importantes para el adecuado entendimiento y la solución de este asunto.

Adicionalmente, como uno de los problemas jurídicos propuestos se restringe a los términos aplicables a la facultad de la administración para iniciar y adelantar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa, en lo que respecta al proceso de giro y compensación por concepto de unidades de pago por capitación (UPC) y a la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el último inciso del artículo 9º del Decreto Reglamentario 2280 de 2004, que al parecer indica un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación queden en firme, es necesario determinar el alcance de esta disposición y puntualizar las características del proceso integral de giro y compensación de los recursos de la salud.

Del mismo modo resulta forzoso para resolver la cuestión, comprender que las características y los plazos del procedimiento de giro y compensación de los recursos de la salud, son diferenciables y separables del procedimiento de reintegro por tales sumas de dinero cuando han sido objeto de pago o reconocimiento sin causa, y del procedimiento de recaudo que pueda desprenderse del acto administrativo que ordene la restitución de dichos recursos.

Por lo tanto, con la finalidad de impedir obstáculos de índole procesal, que repercuten tanto en la seguridad jurídica de los partícipes en el flujo de caja de los recursos del sector salud como en la eficacia y prontitud de los reintegros, la Sala considera que se deben distinguir y definir en este asunto los plazos de caducidad y prescripción que se presentan en la aplicación de los distintos procedimientos que demanda la restitución de las cantidades que deban invertirse en el sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, teniendo en cuenta las preguntas elevadas a la Sala sobre el alcance de la expresión “*sin justa causa*” y sobre la forma de hacer el reintegro de los recursos de la salud, esto es, con intereses moratorios o con la actualización por el índice de precios al consumidor (IPC), se analizarán las posibilidades que se desprenden del artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002 que establece el procedimiento de reintegro de dichos recursos.

En síntesis, para responder a los interrogantes planteados, la Sala analizará los siguientes aspectos: 1) El manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), su carácter parafiscal y su finalidad exclusiva; 2) el ámbito de aplicación, características y plazos de los procedimientos que conducen al reintegro de los recursos del SGSSS, apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación; 3) el alcance de la expresión “*apropiados o reconocidos sin justa causa*” en el procedimiento de reintegro, y 4) los factores que determinan el reintegro de los recursos de la salud con intereses de mora o con actualización por el IPC, conforme al decreto ley 1281 de 2002.

1. El manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), su carácter parafiscal y su finalidad exclusiva

La Constitución Política de 1991 estableció el derecho de todos los colombianos a la atención en salud como un servicio público cuya prestación se realiza bajo la organización, dirección y regulación estatal, y en el que se permite la participación de agentes privados sobre los cuales el Estado ejerce vigilancia y control⁴. Asimismo el manejo adecuado y específico en la administración de los recursos de la seguridad social, tuvo especial consideración en el artículo 48 de la Carta, conforme al cual no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes a ella⁵.

Dichos parámetros constitucionales sirvieron de base para la construcción del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que se instituyó en la Ley 100 de 1993⁶, en el que confluyen elementos público-privados y de mercado-regulación, cuya principal fuente de financiamiento son las cotizaciones, que financian el régimen contributivo⁷, y los recursos fiscales que se obtienen por medio de impuestos generales de la nación, que financian el régimen subsidiado⁸. De igual manera, en esta ley se dispuso la intervención del Estado en procura, entre otros objetivos, de evitar que los recursos que se destinen al servicio público de seguridad social en salud se utilicen en fines diferentes⁹, reforzándose así el mandato constitucional del artículo 48.

El manejo de los recursos que integran los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹⁰, está en gran medida a cargo del Fosyga, el cual se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y opera por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia¹¹. De este hacen parte cinco subcuentas independientes, a saber: a) de compensación interna del régimen contributivo¹²; b) de solidaridad del régimen

4 Cfr. Constitución Política, artículo 49, modificado por el Acto Legislativo 2 de 2009. La Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, enlistó las siguientes funciones del Estado en la prestación del servicio de salud: "(...) para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, C. P.), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada una; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema". En la Sentencia C-252 de 2010, la Corte resaltó que estas funciones son desarrollo de la intervención reforzada del Estado que la Constitución exige en materia de salud.

5 Cfr. Constitución Política, artículo 48, inciso 5°.

6 De igual manera, el artículo 9° de la Ley 100 de 1993, al referirse al sistema de seguridad social integral, dispone que "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella".

7 El régimen contributivo "es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador" (Cfr. artículo 202 de la Ley 100 de 1993).

8 El régimen subsidiado "es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley" (Cfr. artículo 211 de la Ley 100 de 1993).

9 Ley 100 de 1993. "Artículo 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines://(...) g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes".

10 *Ibidem*. "Artículo 201. Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías".

11 *Ibidem*, Cfr. artículo 218.

12 Decreto 1283 de 1996 "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud": "Artículo 8°. Objeto. Esta subcuenta tiene por objeto permitir la operación de la compensación en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se entiende por operación de compensación el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas,

de subsidios en salud¹³; c) de promoción de la salud¹⁴, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito¹⁵, y e) de garantías para la Salud¹⁶. En consonancia con el artículo 48 de la Constitución Política, se previó que los recursos del Fosyga se manejen de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinen exclusivamente a las finalidades que se consagran para estas en la ley¹⁷.

Recientemente, la Ley 1753 del 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de los recursos de la salud, creó una nueva entidad para el sector, denominada **Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud**. La entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Esta entidad será quien administre los recursos del Fosyga y el Fonsaet¹⁸, los recursos que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones de la UGPP. La presupuestación y contabilización de los recursos administrados no se hará por subcuentas. Cuando entre en funcionamiento la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se suprimirá el Fosyga¹⁹.

Como se observa, es de la esencia del sistema de seguridad social en salud procurar que los recursos del sistema se asignen de forma exclusiva a los fines para los cuales se reservaron, máxime cuando conforme a la jurisprudencia y la doctrina, se reconoce de manera uniforme 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 estos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.) tienen naturaleza parafiscal²⁰.

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los recursos que el sistema reconoce a las entidades promotoras de salud para garantizar la prestación de 106 servicios de salud a sus afiliados y demás beneficios del sistema".

- 13 Ibidem: "Artículo 21. Objeto. Los recursos de esta subcuenta tienen por objeto permitir la afiliación de la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, a través de la cofinanciación de los subsidios correspondientes".
- 14 Ibidem: "Artículo 25. Objeto. La subcuenta de promoción tiene por objeto financiar las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, de acuerdo con las prioridades que al efecto defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".
- 15 Ibidem: "Artículo 30. Objeto. La subcuenta de seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito tiene como objeto garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos". (Derogado por el art. 19, Decreto Nacional 3990 de 2007).
- 16 Cfr. Decreto Ley 4107 de 2011, artículo 41.
- 17 Decreto 1283 de 1996: "Artículo 3º. Independencia de los recursos de las subcuentas del Fosyga. Los recursos del Fosyga se manejarán de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarán exclusivamente a las finalidades consagradas para estas en la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. Los intereses y rendimientos financieros que produzca cada una de ellas se incorporarán a la respectiva subcuenta, previo el cumplimiento de las normas presupuestales que sean aplicables a cada una de ellas".
- 18 En el Decreto 4690 de 2011 se determinan los términos y condiciones para la administración del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet).
- 19 Ley 1753 del 9 de junio de 2015. "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018" "Todos por un nuevo país". Cfr. artículo 66.
- 20 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. v. et. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.º 923 de 27 de noviembre de 1996, Concepto n.º 1480 de 8 de mayo de 2003 y el Concepto N.º 1901 de 17 de julio de 2008.

De igual forma, el Legislador quiso enfatizar la destinación exclusiva de esta clase de recursos cuando expresamente previó que los mismos no pertenecen a la nación, ni a los aportantes (empleadores y trabajadores) ni a las entidades administradoras de los diferentes sistemas. La Ley 100 de 1993 señaló que le pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículo 182)²¹.

Asimismo, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y se dictaron otras disposiciones, robusteció este principio y prescribió que *“los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente”*²².

Así las cosas, los dineros de la salud no son utilizables para fines distintos a los señalados en la ley, pues constituyen recursos públicos que integran el sistema de seguridad social en salud y se hallan sujetos a una normatividad precisa, que establece funciones y responsabilidades entre los diferentes órganos y entidades, para que la administración y ejecución de los recursos se haga adecuadamente, en la cantidad, calidad y oportunidad debidas.

Por tal razón, cualquier erogación que se efectúe, debe tener una justificación legal, clara y suficiente y si eventualmente, ante la cantidad de actores intervinientes y la complejidad que caracteriza el flujo de recursos financieros en dicho sistema, se llegaran a efectuar pagos o reconocimientos indebidos y sin justa causa, deberán utilizarse los mecanismos y procedimientos que han sido creados para corregir esta situación.

2. Ámbito de aplicación, características y plazos de los procedimientos que conducen al reintegro de los recursos del SGSSS, apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación

Se interroga a la Sala por aspectos relacionados con el procedimiento administrativo de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación por concepto de UPC, principalmente en lo que tiene que ver con los límites temporales de la administración para iniciar y adelantar el procedimiento.

Por tal razón, es necesario delimitar el ámbito de aplicación, características y términos establecidos, tanto del procedimiento que para este caso origina el desplazamiento indebido de los recursos, Decreto 4023 de 2011²³; **como de los procedimientos que conducen a su recuperación** establecidos en el decreto ley 1281 de 2002²⁴, y en la Resolución 3361 de 2013²⁵ que reglamentó el decreto ley; así como el procedimiento a través del cual la administración

21 La norma de la Ley 100 de 1993 que establece la “pertenencia” de los mencionados recursos parafiscales al Sistema en Salud, es del siguiente tenor: *“Artículo 182.- De los ingresos de las Entidades Promotoras de Salud.- Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)”*.

22 Cfr. Artículo 25 de la Ley 1751 de 2015.

23 “Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo Fosyga”.

24 *“Por la cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud, en particular el artículo 3º que reguló el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa”*

25 *“Por la cual fijó el procedimiento para el reintegro de esos recursos”*.

efectúa el cobro coactivo de los recursos que se ordena reintegrar reglamentado en la Resolución 3407 de 2012²⁶.

a. Proceso de compensación de recursos conforme al Decreto 4023 de 2011²⁷. Alcance de la firmeza de las declaraciones de giro y compensación prevista por el Decreto Reglamentario 2280 de 2004²⁸

1. Antecedentes

Conforme a la Ley 100 de 1993, corresponde a las EPS recaudar las cotizaciones de sus afiliados en el régimen contributivo por delegación del Fosyga²⁹, y con cargo a las cotizaciones recaudadas el SGSSS reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC)³⁰ por cada uno de los afiliados³¹. En este punto resalta la Sala que la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos ha dejado claro que la UPC tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones de las EPS dentro de un contexto de equilibrio y que las EPS pueden aspirar a obtener una legítima ganancia por los servicios que prestan, sin que pueda considerarse que las UPC sean una renta propia de la cual puedan disponer libremente³².

Además, ha dejado claro esa Corporación que la relación entre la EPS y los afiliados, aun cuando se ajusta a la idea del contrato de aseguramiento, no es la de un contrato de seguros tradicional dado que financieramente el manejo de la prestación de los servicios es igual para los afiliados de ambos regímenes, los recursos no le pertenecen a las EPS sino al sistema de salud, y las cotizaciones que hacen los afiliados no se manejan como cuentas individuales sino como una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe³³.

En el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 se indicó que del recaudo de las cotizaciones las EPS deberán descontar el valor de las UPC fijadas para el plan de salud obligatorio y trasladar la diferencia al Fosyga, *“a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida*

26 *“Por la cual se establece el reglamento interno de recaudo de cartera de los fondos a cargo de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social”.*

27 Decreto 4023 de 2011. *“Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*

28 Decreto 2280 de 2004. *“Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga”.*

29 Cfr. Artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

30 La UPC constituye el valor reconocido a las EPS por los costos en que éstas incurren con ocasión del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud POS de todos sus afiliados, el cual se ha de establecer con el propósito central de garantizar un equilibrio financiero que permita la prestación continua y eficiente del servicio. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES conforme al numeral 3 del artículo 7^o de la Ley 1122 de 2007.

31 Cfr. Artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

32 *La Corte Constitucional en la Sentencia SU- 480 del 25 de septiembre de 1997 señaló: “Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, esta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal”.*

33 *La Corte Constitucional en la Sentencia C-828 de 2001 sostuvo: “La fórmula elegida por el legislador para diseñar el Sistema de Seguridad Social en Salud es la de privilegiar el subsidio de la demanda y prever la existencia de entidades administradoras que juegan el papel de intermediarias entre los recursos financieros y las instituciones que prestan el servicio de salud y los usuarios. El papel que desempeñan las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) se ajusta a la idea del contrato de aseguramiento, en el que el prestador asume el riesgo y la administración de los recursos. Sin embargo, no se trata de un contrato de seguros clásico porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existe una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe. Estos aspectos, de la relación entre afiliados y asegurador distinguen de fondo el contrato de aseguramiento en salud del contrato de seguros tradicional”.*

para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las unidades de pago por capitación mayor que los ingresos por cotización, el fondo de solidaridad y garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a la entidad promotora de salud que así lo reporte”.

El procedimiento operativo para realizar el proceso de compensación descrito en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993, quedó soportado básicamente en el Decreto 4023 de 2011 del Ministerio de la Protección Social³⁴, en el que se define como un proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas e identificadas íntegramente por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), para cada período al que pertenece el pago de la cotización; los recursos destinados a financiar la subcuenta de Promoción de la Salud del Fosyga, los de solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud que financian la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga y los recursos que el Sistema reconoce a las EPS y a las EOC por concepto de Unidades de Pago por Capitación (UPC), y como resultado los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del Fosyga y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor³⁵.

2. Características del procedimiento de compensación de recursos

Dentro del proceso de compensación que, como se indicó regula el Decreto 4023 de 2011, se estableció la elaboración de las denominadas “*declaraciones de giro y compensación*,” cuya preparación está a cargo del Fosyga y para las cuales utiliza la información de los afiliados que registran las EPS o las EOC en la base de datos de afiliados, la información adicional que le remiten estas entidades y la información de reconocimientos de licencias de maternidad y paternidad a cargo del Fosyga. Al efecto, consagró el artículo 14 del Decreto 4023 de 2011 lo siguiente:

“Artículo 14. Declaración de giro y compensación. El Fosyga elaborará a partir del mes séptimo siguiente a la vigencia del presente decreto, la declaración de giro y compensación de cada EPS y EOC, la cual estará constituida por la información de los afiliados que registran las EPS y las EOC en la base de datos de afiliados, la información adicional que remitan estas entidades al Fosyga para surtir el proceso de compensación y la información de pago de aportes de cada EPS y EOC. De igual manera, hará parte de la declaración de giro y compensación, la información remitida al Fosyga para el reconocimiento de las licencias de maternidad y/o paternidad a cargo del Fosyga”. (Resalta la Sala).

De igual forma, la ejecución del proceso de compensación está en cabeza del Fosyga quien deberá entregar la información resultado del proceso a las EPS y a las EOC el día hábil siguiente a que se ejecuta. El artículo 16 del Decreto 4023 de 2011 explicó el trámite en la forma que sigue:

“Artículo 16. Ejecución del proceso de giro y compensación y entrega de resultados. El proceso de compensación se ejecutará por el Fosyga el segundo día hábil de cada semana,

³⁴ Decreto 4023 de 2011. “Artículo 1°. Objeto. El objeto del presente decreto es establecer el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación, el mecanismo de control y seguimiento al recaudo de aportes del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y el procedimiento operativo para realizar el proceso de compensación, de acuerdo con lo definido en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

³⁵ Cfr. Decreto 4023 de 2011, artículo 11.

con la información del recaudo no compensado existente a esa fecha, independientemente del período al que correspondan los aportes.

La información resultado del proceso de compensación se entregará a las EPS y a las EOC el día hábil siguiente al que se ejecuta el proceso en horas hábiles y se podrá hacer por medios electrónicos. Esta información contendrá el consolidado del resultado del proceso con el número de registros aprobados por período compensado, los valores a reconocer a las EPS y a las EOC, los valores a trasladar de las cuentas maestras de recaudo de aportes, a cada subcuenta del Fosyga, entre otros. De igual manera, contendrá el detalle de los recursos reconocidos por afiliado y el de los valores deducidos o descontados.

El representante legal de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC) podrá aceptar o no el proceso. En caso de aceptar el resultado del proceso informado por el Fosyga, suscribirá el formato dispuesto para este fin, dentro de los ocho (8) horas siguientes a la entrega del resultado por parte del Fosyga; esta aceptación podrá hacerse por medios electrónicos. En el evento en que el Fosyga no reciba la aceptación del proceso dentro del término señalado en este artículo, se entenderá que la EPS o la EOC no aceptó el proceso y en consecuencia, no podrá apropiarse de recurso alguno de los aportes.

Aceptado el resultado del proceso de compensación por la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o Entidad Obligada a Compensar (EOC), el Fosyga autorizará la apropiación de los recursos a que tengan derecho y les girará los recursos que procedan dentro de las ocho (8) horas siguientes al recibo de la aceptación.(...)”. (Resalta la Sala).

Adicionalmente, en el trámite mencionado también se previó una serie de validaciones de la información³⁶, y en los eventos en que los cruces de información y las validaciones arrojen inconsistencias, el artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 3º del Decreto 674 de 2014, señaló que el Fosyga deberá adelantar el procedimiento establecido en el decreto ley 1281 de 2002, así:

“Artículo 3. Modifícase el artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, el cual quedará así:

Control de pagos sin justa causa. El Fosyga realizará los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa en el proceso de compensación o de los demás recursos reconocidos a las EPS y a las EOC con cargo al Fosyga y en todo caso, realizará la verificación de la inexistencia de pagos dobles.

En caso de evidenciarse pagos de UPC u otros conceptos sin justa causa, sin importar el proceso de compensación al que corresponda, el Fosyga adelantará las gestiones correspondientes ante las EPS y las EOC, requiriéndoles la devolución de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º del Decreto-Ley 1281 de 2002. En caso de no efectuarse el reintegro de dichos recursos, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, se dará traslado de los hechos y soportes documentales a la Superintendencia Nacional de Salud, quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos.

36 Cfr. Decreto 4023 de 2011, artículo 17.

En el evento en que no se efectúe el reintegro ordenado, la Superintendencia Nacional de Salud informará de tal situación al Fosyga, quien podrá descontar los valores involucrados de futuros reconocimientos de UPC o prestaciones económicas según corresponda”. (Resalta la Sala).

Ahora bien, antes de la expedición del Decreto 4023 de 2011, el proceso de giro y compensación estuvo regulado por el Decreto 2280 de 2004, cuya lógica del proceso difiere a la del actual Decreto 4023 de 2011 en varios aspectos.

En primer lugar, el proceso de compensación mediante la presentación de la declaración de giro y compensación en el Decreto 2280 de 2004, estaba en cabeza de las EPS y de las EOC. El artículo 6° del Decreto 2280 de 2004 refería al respecto:

“Artículo 6°. Proceso de compensación. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, realizarán el proceso de compensación mediante la presentación de la declaración de giro y compensación, que involucre la totalidad de los recaudos por cotizaciones obligatorias de los aportantes y pagos de cotizantes adicionales, así: (...)” (Resalta la Sala).

Igualmente, el Decreto 2280 de 2004 indicaba la forma en que las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC debían presentar la declaración de giro y compensación. Al efecto el artículo 8° del Decreto 2280 de 2004 indicaba:

Artículo 8°. Presentación del proceso de giro y compensación. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, presentarán dos (2) procesos de compensación; el primer proceso, el día 11 hábil del mes y el segundo proceso el día 18 hábil del mismo mes, hasta las 3:00 p.m.

En cada proceso deberá incluirse el recaudo efectivo de cotizaciones en el mes, independientemente del período al que correspondan y los recaudos ya identificados que no fueron incluidos en las declaraciones de giro y compensación anteriores y que de acuerdo con las normas del presente decreto no hubiesen sido compensados.

En cada proceso se presentará una declaración de giro y compensación en medio magnético con la información sobre todos los afiliados a compensar, período a compensar e información de los recursos cuando se trate de compensación de recursos que ya han sido girados previamente al Fosyga, independientemente del período al cual correspondan las cotizaciones y en el formato que establezca el Ministerio de la Protección Social, se presentará un resumen del contenido del medio magnético con la información sobre las sumas a consignar resultantes del proceso de compensación. No se podrá compensar sobre afiliados que no se encuentren registrados en la base única de afiliados”. (Resalta la Sala).

Asimismo, el artículo 9° del Decreto 2280 de 2004 señaló que las EPS y las EOC debían presentar la declaración de giro y compensación, y que el Fosyga debía realizar una labor de verificación y validación del proceso, luego de la cual, si las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC estaban de acuerdo con el resultado del proceso adelantado por el Fosyga, enviaban una comunicación de acepta-

ción y con esta podían disponer de los recursos a los que tuvieran derecho, en la forma que sigue:

“Artículo 9º. Giro de los recursos a favor del Fosyga y reconocimiento de recursos resultantes del proceso de compensación. El Fosyga, a través de su administrador fiduciario, verificará y validará el proceso de compensación presentado y comunicará el resultado de los registros aprobados a las EPS y EOC, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la declaración de giro y compensación por parte de las EPS y EOC.

Además de las validaciones que se establezcan por parte del Ministerio de la Protección Social, la información sobre los afiliados presentados en cada proceso de giro y compensación se validará por el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga contra la Base de Datos Única de Afiliados generada a partir de las Resoluciones 890 y 1375 de 2002 o las normas que las modifiquen o adicionen.

La comunicación escrita que contenga el resultado del proceso de compensación deberá indicar el número de registros aprobados por período compensado, los valores a reconocer a la EPS y aquellos que deben girar a cada subcuenta del Fosyga por los registros aprobados; adicionalmente, la comunicación debe indicar los registros glosados. A esta comunicación se anexará un medio magnético que contenga el detalle de los registros glosados, indicando las causas de glosa. El formato de la comunicación será definido por el Ministerio de la Protección Social.

El representante legal de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás EOC, en caso de aceptar el resultado del proceso informado por el Fosyga, suscribirá la comunicación y la presentará al Administrador Fiduciario del Fosyga dentro de las 24 horas siguientes, anexando copia de las consignaciones realizadas a las diferentes subcuentas del Fosyga. Una vez presentada la comunicación de aceptación, las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, podrán disponer de los recursos a que tengan derecho.

Los recursos a favor de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, resultantes del proceso de compensación que deba reconocer el Fosyga, se girarán a través de su Administrador Fiduciario, el mismo día en que reciba la aceptación por parte de la EPS o EOC del resultado del proceso de compensación y previo el giro a las diferentes subcuentas del Fosyga de la totalidad de los recursos resultantes del proceso, incluyendo los correspondientes a los registros glosados.” (Resalta la Sala).

A renglón seguido contenía el citado artículo 9º una disposición relacionada con el término de firmeza de las declaraciones de giro y compensación, así:

“Una vez aceptado el resultado del proceso de compensación por parte de las EPS y EOC y surtido el proceso previsto en el presente decreto, se considerará aprobada la Declaración de Giro y Compensación. El conjunto de las declaraciones de giro y compensación presentadas durante una vigencia fiscal, quedarán en firme dos (2) años después de la fecha límite para presentar la declaración de renta del respectivo período fiscal.

Parágrafo. *Las EPS o EOC en ningún caso podrán apropiarse de recursos de la Unidad de Pago por Capitación sin el cumplimiento del procedimiento establecido en el presente artículo.* (Resalta la Sala).

Como se observa, la presentación de la declaración de giro y compensación y entrega de resultados del proceso al administrador fiduciario del Fosyga en las normas del Decreto 2280 de 2004 surgían de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC; lo cual difiere sustancialmente de lo dispuesto en el Decreto 4023 de 2011, que atribuyó al Fosyga tanto la elaboración de la declaración de giro y compensación como la ejecución del proceso; y relegó la labor de las EPS y de las demás EOC a aceptar o no los resultados dentro de los límites de tiempo establecidos.

Ahora bien, en relación con el término de dos (2) años para que las declaraciones de giro y compensación que presentaban las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar- EOC, quedaran en firme (último inciso del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004), el Decreto 4023 de 2011 no contiene ninguna regla equivalente, con respecto a la elaboración, presentación y ejecución del proceso de compensación que le corresponde hacer al Fosyga.

Así las cosas, descritos y comparados los procesos de giro y compensación previsto en el Decreto 4023 de 2011 y en el Decreto 2280 de 2004, puede advertirse que la materia objeto de regulación de los dos es la misma. En efecto, el Decreto 4023 de 2011 reguló **el proceso de giro y compensación, así como el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, asuntos que habían sido regulados anteriormente por el Decreto 2280 de 2004. Por consiguiente, estima la Sala que el último de los decretos reglamentarios citados debe entenderse derogado en forma orgánica o sistemática por el Decreto 4023 de 2011, incluyendo desde luego, lo que el Decreto 2280 de 2004 disponía sobre la firmeza de la declaración de giro y compensación.**

La Ley 153 de 1887 establece en su artículo 3º la derogación orgánica, en los siguientes términos:

“Artículo 3º. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia de marzo 28 de 1984:

“La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, solo se da en verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre estas y las de la ley anterior”.

Conviene recordar que el fenómeno jurídico de la derogación orgánica no implica necesariamente la incompatibilidad irreconciliable de la nueva legislación con las normas que le antecedieron, pues basta tan solo con que se regule integralmente la misma materia para que la derogación ocurra.

Pero además, y en gracia de discusión, en el evento analizado debe señalarse que el trámite y las características establecidas para la elaboración, presentación y ejecución del proceso de declaración de giro y compensación de los recursos de la salud, en una y otra normatividad difieren sustancialmente, situación que, en concepto de esta Sala, impiden conciliar o complementar fragmentos del Decreto 2280 de 2004, con las disposiciones del Decreto 4023 de 2011.

En síntesis, las reglas del último inciso del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, que indicaban un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación por concepto de UPC quedaran en firme, no son aplicables en relación con el término que tiene la administración para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, pues aquella disposición debe considerarse derogada.

3. Término de firmeza de las declaraciones de giro y compensación a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015

Observa la Sala que la Ley 1753 de 2015 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, determinó en el último inciso de su artículo 73 que los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud que se surten ante el Fosyga, quedarán en firme transcurrido un plazo de dos (2) años después de su realización, cumplido el cual no procederá reclamación alguna.

“Artículo 73. Procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en salud. Los procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en Salud que se surten ante el Fosyga o la entidad que asuma sus funciones se regirán por las siguientes reglas:

Tratándose de recobros y reclamaciones:

a) El término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga.

b) El término para la caducidad de la acción legal que corresponda, se contará a partir de la fecha de la última comunicación de glosa impuesta en los procesos ordinarios de radicación, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) o quien este designe.

c) En el caso de los recobros y reclamaciones que hayan sido glosados por el Fosyga y sobre los cuales no haya operado el término de caducidad de la acción legal que corresponda, solo se exigirá para su reconocimiento y pago los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación, los cuales serán determinados por el MSPS. Para tales efectos, las entidades recobrantes deberán autorizar el giro directo del valor total que se llegue a aprobar a favor de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) habilitadas. El pago de las solicitudes aprobadas estará sujeto a la disponibilidad presupuestal de recursos para cada vigencia, sin que haya lugar al reconocimiento de intereses moratorios por las solicitudes que se presenten bajo este mecanismo.

Los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización. Cumplido dicho plazo, no procederá reclamación alguna. (Resalta la Sala)

Tal como puede apreciarse, la norma transcrita regula dos grandes temas: El inciso segundo y los literales *a)*, *b)* y *c)* se refieren a los recobros y reclamaciones que las EPS deben hacer al Fosyga por concepto de tratamientos, medicamentos y tecnologías de la salud que, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia constitucional, deba ser financiado con los recursos de dicho fondo (por no estar cubierto con las UPC). Por su parte, el inciso final de la misma disposición alude al proceso de giro y compensación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En relación con el primer aspecto, la norma referida señala un término de prescripción de tres (3) años a partir de la fecha de prestación del servicio, de la entrega de tecnología o del egreso del paciente. Con respecto al segundo punto (proceso de giro y compensación), la norma legal señala un plazo de dos (2) años después de realizado el proceso, para formular cualquier reclamación surgida del mismo.

Nótese que, en este último caso, el precepto comentado no señala los motivos por los cuales pueden presentarse los reclamos, ni la parte que esté facultada para formularlos, lo cual le permite a la Sala concluir que tanto las EPS como las EOC, como el Fosyga, el Ministerio de Salud y Protección Social y otras entidades públicas, disponen del mismo término para presentar sus reclamaciones, y que estas pueden referirse entre otras circunstancias, a pagos o reconocimientos indebidos (o sin justa causa) efectuados a favor de cualquiera de dichas partes dentro del procesos de giro y compensación.

Entonces desde el 9 de junio de 2015, fecha en que entró en vigencia la Ley 1753³⁷, la administración cuenta con el plazo de dos (2) años para iniciar el procedimiento especial de reintegro de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa, de conformidad con las reglas previstas en el artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002 y en la Resolución 3361 de 2003, el cual se explicará a continuación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la regla del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 solo es aplicable desde el 9 de junio del año 2015, y que el decreto ley 1281 de 2001 no contempló expresamente un término de caducidad para el ejercicio de la facultad que tenía la adminis-

37 Cfr. artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país". Diario oficial número 49538 de junio 9 de 2015.

tración para iniciar el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, habrá la Sala de analizar cuál es la norma aplicable antes de la vigencia de la mencionada Ley del Plan en relación con el término que tenía la administración para iniciar el mencionado procedimiento.

b. Del procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa. decreto ley 1281 de 2002 y Resolución 3361 de 2003

1) Antecedentes

Los recursos del sistema de seguridad social tienen naturaleza parafiscal con destinación específica, razón por la cual requieren de la especial protección del Estado. En consideración a la naturaleza especial de tales recursos, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo 111.4 de la Ley 715 de 2001³⁸, “[p]or 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”, expidió el decreto ley 1281 de 2002, “[p]or el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”.

La Corte Constitucional al resolver una demanda en la que se acusó el artículo 111.4 de la Ley 715 de 2001, por no cumplir con el requisito de precisión que exige el artículo 150-10 de la Constitución³⁹, estableció el alcance de los objetivos que debían desarrollarse en el ejercicio de las facultades extraordinarias. En este sentido, señaló:

“En la norma bajo revisión observa la Corte que el legislador en forma amplia delimita el objeto de la delegación, que es revestir al Presidente para que regule mediante normas con rango de ley lo atinente a los flujos de caja, amplitud que de ninguna manera acarrea la imprecisión u oscuridad en el señalamiento de la materia que es objeto de delegación legislativa (...).

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.7 de la Ley 715 de 2001, corresponde a la Nación la vigilancia y control del manejo y la destinación de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las competencias de las entidades territoriales en la materia, recursos que son transferidos y girados en los términos de los artículos 53 y 64 del citado ordenamiento legal. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 ibídem, el Gobierno nacional debía adoptar en los seis meses siguientes a la vigencia de la ley los mecanismos jurídicos y técnicos conducentes a la “optimización del flujo financiero de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que prevengan o impidan su desviación, indebida apropiación o retención por parte de cualquiera de los actores partícipes o intermediarios del sistema”.

³⁸ Ley 715 de 2001 “Artículo 111. Facultades extraordinarias (...)/111.4. Otórgase precisas facultades extraordinarias al Gobierno nacional para que en el término de seis meses contados desde la vigencia de la presente ley expida normas que regulen los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país”. (Resalta la Sala).

³⁹ Constitución Política. “Artículo 150 (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.// El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.// Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

Además, según los antecedentes legislativos el otorgamiento de facultades extraordinarias para la regulación de los flujos de caja en el sector de la salud, fue solicitado por el Ministro del ramo en atención a que “los recursos se diluyen en el tiempo y llegan a las entidades receptoras en un término superior a un año”. De modo, que la regulación del flujo de caja a que alude el numeral 111.4 del artículo 111 que se examina **apunta a la implementación por parte del Gobierno de un procedimiento que garantice financieramente la viabilidad del sistema de seguridad social en salud, y por ende, la prestación efectiva de los servicios correspondientes, previniendo la apropiación o retención indebidas de los recursos destinados a este fin**⁴⁰. (Resalta la Sala).

Así las cosas, la regulación del flujo de caja a que alude el numeral 111.4 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001, sirvió de fundamento para la expedición del decreto ley 1281 de 2002 que apunta a la implementación por parte del Gobierno de un procedimiento que garantice financieramente la viabilidad del sistema de seguridad social en salud y por ende, la prestación efectiva de los servicios correspondientes. En este decreto, se previó la posibilidad de que ocurra una apropiación o reconocimiento indebido de los recursos destinados al sector de la Salud y se estableció el mecanismo para corregir dicha eventualidad.

2) Características generales del procedimiento administrativo especial de reintegro consagrado en el artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002 y en la Resolución 3361 de 2003

El artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002, regula el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa:

Señala el primer inciso de este artículo 3°:

“Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho (...).”

Se desprende de la norma transcrita que en una primera fase para lograr el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, se surte apenas una etapa que se podría denominar de “*requerimiento*” a cargo del administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja. En esta etapa es preciso:

i) Detectar si existió un posible reconocimiento o apropiación sin justa causa de los recursos del sector salud y comunicar el hecho a la correspondiente persona natural o jurídica que presuntamente se apropió de los recursos.

40 Corte Constitucional, sentencia C-1028 de 27 de noviembre de 2002, expediente D-4087.

ii) En la comunicación que se envíe a la persona natural o jurídica se podrá requerir de inmediato las aclaraciones respectivas sobre los recursos que supuestamente fueron reconocidos y apropiados sin justa causa o solicitar su reintegro.

iii) La persona requerida cuenta con un término de veinte (20) días hábiles siguientes a la comunicación del hecho, dentro de los cuales podrá presentar aclaraciones, justificaciones y soportes, o hacer de inmediato el respectivo reintegro de los recursos apropiados sin justa causa.

Ahora bien, si se hacen las aclaraciones y se presentan los soportes que justifiquen el giro de los recursos, y las explicaciones son aceptadas de forma satisfactoria por el competente; o si la requerida reintegra de forma inmediata los recursos indebidamente apropiados, el trámite iniciado tendría que concluir en este punto.

Pero si, por el contrario, dentro del plazo de los veinte (20) días mencionados no se hacen las aclaraciones respectivas o no se reintegran los recursos indebidamente apropiados, se pasa a una segunda etapa del procedimiento en la que está prevista la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud. Dispuso el inciso segundo del artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002, lo siguiente:

“Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes. (...)”.

Es decir, vencido el plazo de los veinte (20) días desde la comunicación en que el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades como participe del flujo de caja, haya informado a la respectiva persona natural o jurídica sobre la detección de la presunta indebida apropiación de recursos sin que estas hubiesen aclarado la situación satisfactoriamente o hecho el reintegro de los recursos, el asunto deberá trasladarse a la Superintendencia Nacional de Salud, autoridad que teniendo en cuenta las pruebas recaudadas en cada caso, determinará mediante acto administrativo la existencia o no de la obligación que da lugar a la restitución, y de encontrar probado que efectivamente existió una apropiación indebida, ordenará reintegrar de inmediato los recursos de la salud.

Valga señalar que el acto administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud se producirá luego de agotar el procedimiento que respete las garantías del debido proceso, no solo porque la Administración debe seguir un cauce formal en sus actuaciones, sino porque el procedimiento ha de servir para valorar las razones de oportunidad o de legalidad que justifican la orden de reintegro y, asimismo, para comprobar si efectivamente el reconocimiento o la apropiación de los recursos del sistema fue contrario al ordenamiento jurídico, al no tener origen en una justa causa.

Por otra parte, el procedimiento que contempló el artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002, fue objeto de demanda de inconstitucionalidad en la que se argumentó que la competencia asignada a la Superintendencia Nacional de Salud “*para ordenar el reintegro inmediato de los recursos de la salud apropiados o reconocidos sin justa causa vulnera el debido proceso, ya*

que el legislador no estableció el procedimiento administrativo respectivo que debe seguirse en este caso⁴¹.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002 y sobre los vacíos que observó el demandante sostuvo que la consagración normativa de un procedimiento específico no resultaba necesaria, pues en un ordenamiento jurídico sistemático, el alcance de una disposición legal debe ser interpretada en su contexto normativo. Al respecto transcribió al artículo 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y resaltó:

“Observa la Sala que no asiste razón al demandante por cuanto la consagración normativa de un procedimiento específico no resultaba necesaria. En efecto, en el contexto de un ordenamiento jurídico sistemático, el alcance de una disposición legal no se define de manera exclusiva a partir del texto específico de la misma sino, adicionalmente, debe ser interpretada en su contexto normativo.

En este orden de ideas, tal y como lo señalaron la mayoría de los intervinientes y la Vista Fiscal, aún si se acepta que el actor tiene razón que no se regula en su integridad el procedimiento a seguir, se equivoca al considerar que dicho procedimiento solo puede estar contenido en la norma demandada, o aún más yerra al afirmar que no existe procedimiento aplicable.

Por el contrario: (i) la misma norma señala que para que proceda el reintegro de los recursos, el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, debe conceder a la parte requerida el término de 20 días para que rinda las explicaciones del caso y aporte las pruebas que pretenda hacer valer y (ii) el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 (nuevo Código Contencioso Administrativo) señala: (...) “las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”⁴².

Citó la Corte, como ejemplo para reforzar el argumento de la aplicación del procedimiento general contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 40 de la Ley 1122 de 2007,⁴³ que señaló algunas funciones de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control, y que para efectos de la regulación de los procedimientos sancionatorios, remite a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984⁴⁴, hoy Ley 1437 de 2011. Al respecto manifestó:

“De igual manera, el artículo 40 de la Ley 1122 de 2007 remite al Código Contencioso Administrativo, para regular los procedimientos sancionatorios adelantados por la Superintendencia Nacional de Salud. La disposición señala:

41 Corte Constitucional, Sentencia C- 607 del 1 de agosto de 2012. Expediente D-8857.

42 *Ibidem*.

43 Ley 1122 de 2007. “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

44 Teniendo en cuenta que el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo no contenía regulación especial para el procedimiento administrativo sancionatorio, como sí lo hace la Ley 1437 de 2011, la referencia que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-607 de 2012 al artículo 40 de la Ley 1122 de 2007, debe entenderse hecha al procedimiento administrativo general previsto en el entonces Código Contencioso Administrativo.

Artículo 40. *Funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud, además de las funciones y facultades ya establecidas en otras disposiciones, cumplirá dentro del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control, las siguientes:*

a) Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la Ley 100 de 1993;

b) Inspeccionar, vigilar y controlar que las Direcciones Territoriales de Salud cumplan a cabalidad con las funciones señaladas por ley, conforme a los principios que rigen a las actuaciones de los funcionarios del Estado, e imponer las sanciones a que haya lugar. En virtud de la misma potestad mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan en las entidades territoriales de salud, cuando se evidencia la vulneración de dichos principios;

c) Con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, señalará los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia; (...)⁴⁵. (Resaltado del texto original).

De los apartes transcritos de la sentencia C- 607 de 2012, se colige que la Corte Constitucional, para efectos de señalar el procedimiento aplicable para el reintegro de los recursos de la salud apropiados sin justa causa, consideró que deben emplearse las normas del procedimiento administrativo general contenido actualmente en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Bajo ese mismo entendimiento, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentó las pautas generales que estableció el decreto ley 1281 de 2002 y expidió la Resolución 3361 de 2013, acto en el cual se indicó que para ese evento debían aplicarse de manera subsidiaria las normas sobre procedimiento administrativo de la primera parte del Código Contencioso Administrativo (actualmente Ley 1437 de 2011) en tanto no fueran incompatibles. Dentro de las consideraciones que el Ministerio tuvo en cuenta para la expedición de la norma reglamentaria se destacan:

“Que el artículo 3o del Decreto-ley número 1281 de 2002, establece que cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho.

Que así mismo, la norma en comentario señala que cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo establecido se informará de manera inmediata y con las pruebas corres-

45 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-607 del 1 de agosto de 2012. Expediente D-8857.

pondientes a la Superintendencia Nacional de Salud, quien ordenará su reintegro y adelantará las acciones que considere pertinentes.(...)

Que la honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 607 de 2012, señaló que al trámite de restitución de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa de que trata el artículo 3o del Decreto-ley número 1281 de 2002, deben aplicarse de manera subsidiaria las normas sobre procedimiento administrativo de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto no sean incompatibles.

Que la Ley 1066 de 2006 por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones, previó en su artículo 5o que las entidades públicas que ejerzan funciones administrativas de manera permanente y que en tal virtud deban recaudar rentas o caudales públicos, aplicarán para el efecto el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario. (...)

Que en aras de proteger los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y propender por su flujo adecuado sin afectar la prestación de los servicios de salud, se hace necesario establecer el procedimiento administrativo para el reintegro de recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), apropiados sin justa causa o reconocidos indebidamente”. (Resalta la Sala).

Asimismo, la Resolución 3361 de 2013, siguiendo los parámetros que trazó el decreto ley 1281 de 2002, distinguió en la reglamentación dos etapas para el reintegro de los recursos. Una primera en la que los destinatarios del procedimiento (administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud) deben hacer la solicitud de aclaración⁴⁶. La primera fase conforme a la Resolución 3361 se cumple así:

“CAPÍTULO I.

ASPECTOS GENERALES. (...)

ARTÍCULO 3o. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. Los destinatarios de la presente resolución, que detecten apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos del sector salud, iniciarán en forma inmediata el procedimiento para determinar la procedencia del reintegro de los recursos y procurarán por la restitución de los mismos cuando a ello hubiere lugar.

CAPÍTULO II.

PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA APROPIACIÓN O EL RECONOCIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE LOS RECURSOS DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA).

⁴⁶ Resolución 3361 de 2013. Capítulo I. Aspectos generales (artículos 1-3); Capítulo II. Procedimiento para determinar la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) (artículos 4-8) y; Capítulo III. Procedimiento para el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) (artículos 9-14).

ARTÍCULO 4o. SOLICITUD DE ACLARACIÓN. El administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades, participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud y establezca la posible apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los mismos, dentro de los treinta (30) días siguientes a la identificación del hecho, deberá:

1. *Recopilar la información que soporte el hallazgo (...)*
2. *Remitir comunicación, en medio físico y magnético (...) la cual deberá contener:(...)*

ARTÍCULO 5o. RESPUESTA A LA COMUNICACIÓN. La persona natural o jurídica requerida, dará respuesta a la solicitud de aclaración dentro del plazo que se le haya otorgado, adjuntando los soportes que considere pertinentes.(...)

ARTÍCULO 6o. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA. Una vez recibida la respuesta a la comunicación por parte de la persona natural o jurídica requerida y dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de recepción, quien esté adelantando el proceso de aclaración, determinará si hubo o no apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos. En todo caso se procederá así: (...)

CAPÍTULO III.

PROCEDIMIENTO PARA EL REINTEGRO DE LOS RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA, AL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA).

ARTÍCULO 9o. REINTEGRO DE LOS RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA AL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA). La persona natural o jurídica requerida que acepte reintegrar los recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación de que trata el artículo 7o de la presente resolución, deberá adoptar alguna de las siguientes opciones:

1. *Consignar (...)*
2. *Autorizar el descuento de las sumas a reintegrar (...)*

Y una segunda etapa en la que interviene la Superintendencia Nacional de Salud en el evento en que no se hagan las aclaraciones del caso o estas no sean satisfactorias, o no se reintegren los recursos del sector⁴⁷, para lo cual la Resolución 3361 de 2013 previó:

“(...) CAPÍTULO IV.

PROCEDIMIENTO EN CASO DE NO CUMPLIR CON LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA LAS ACLARACIONES Y PARA EL REINTEGRO DE RECURSOS.

⁴⁷ Capítulo IV. Procedimiento en caso de no cumplir con los términos y condiciones para las aclaraciones y para el reintegro de recursos (artículos 15-18).

ARTÍCULO 15. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS. *Si vencidos los plazos otorgados para atender el requerimiento sobre recursos apropiados o reconocidos sin justa causa la persona natural o jurídica requerida no presenta las aclaraciones solicitadas las mismas no resultan satisfactorias total o parcialmente o no existe aceptación expresa de alguna de las posibilidades de reintegro previstas en el artículo 9o de la presente resolución, quien haya iniciado el proceso de aclaración, remitirá a documentación que soporta el hallazgo a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que esta adelante las actuaciones a que haya lugar en el marco de sus competencias, orientadas al reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). (...).*

ARTÍCULO 16. DOCUMENTACIÓN REMITIDA A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. *La documentación remitida a la Superintendencia Nacional de Salud, deberá contener como mínimo la siguiente información:*

1. *El soporte de los hallazgos que configuran la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del sector salud.*

2. *El monto de los recursos involucrados incluyendo los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o actualizado mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según corresponda, a la fecha de envío.*

3. *Relación de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y los conceptos que se presumen resultaron afectados por la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos.*

4. *Copia de la solicitud de aclaración enviada al actor del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) requerido, así como la constancia del envío y del recibido por parte de este.*

5. *Copia de las respuestas y documentación que el requerido haya enviado al administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud generadas dentro del proceso de qué trata la presente resolución.*

ARTÍCULO 17. TRANSITORIO. (...)

ARTÍCULO 18. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. *La presente resolución rige a partir de su publicación, se aplica a los procesos de reintegro de recursos que se encuentren en curso y deroga la Resolución número 460 de 2011 y las demás disposiciones que le sean contrarias”.*

Con todo, se observa que el decreto ley 1281 de 2001 reglamentado por la Resolución 3361 de 2013, no contempló expresamente un término para el ejercicio de la facultad que tiene la administración para iniciar el procedimiento de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, razón por la cual la Sala habrá de analizar si es posible deducir dicho

plazo, a partir de los principios y normas generales, entre ellos los contenidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Término que tenía la administración para iniciar el procedimiento de reintegro antes del 9 de junio de 2015 fecha de entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015

Como se señaló en el capítulo precedente, el decreto ley 1281 de 2001 no contempló expresamente una regla acerca del término dentro del cual el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, puede iniciar el procedimiento administrativo de reintegro de los recursos de la salud apropiados sin justa causa.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C- 607 de 2012, al declarar la constitucionalidad del artículo 3° del decreto ley 1281 de 2001, remitió al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación con el procedimiento administrativo general como el procedimiento aplicable al proceso de reintegro de recursos de la Salud apropiados o reconocidos sin justa causa, entendimiento que reprodujo en sus consideraciones la Resolución 3361 de 2013.

Al respecto, precisa la Sala en primer lugar, que el término que se busca establecer no es el mismo que tiene la Superintendencia Nacional de Salud en su función de adelantar procesos sancionatorios⁴⁸, en la medida en que, la finalidad, el contenido y el alcance del procedimiento establecido en el artículo 3° del decreto ley 1281 de 2001, que inicia administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública y continúa la Superintendencia, difiere de las características de un procedimiento de carácter sancionatorio⁴⁹.

En efecto, la función que el legislador asignó a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 3° del decreto ley 1281 de 2001, se limita a la posibilidad de que la entidad dé las órdenes para obtener el reintegro del monto de los recursos involucrados, incluyendo los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o actualizado mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según corresponda, sin que esta actividad implique, en principio, establecer responsabilidades respecto de la conducta de los sujetos llamados a reintegrar los recursos, ni se imponga en la resolución del asunto sanciones de algún tipo.

48 Resolución 3140 de 4 noviembre de 2011 “por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados” (...) “Artículo 73. Caducidad respecto de las sanciones. De conformidad con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la facultad sancionatoria que tiene la Superintendencia Nacional de Salud caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas (...)” // “Artículo 77. Disposición transitoria. (...) A partir del 2 de julio de 2012, fecha en la cual entra a regir la Ley 1437 de 2011, esto es, el nuevo Código Contencioso Administrativo, las disposiciones que modifican, adicionan, sustituyan los artículos del actual Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, citados en esta resolución, deberán ser aplicados en las investigaciones administrativas sancionatorias que adelante la Superintendencia Nacional de Salud”. Por su parte la Ley 1437 de 2011 estableció: “Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. (...)” (Resalta la Sala).

49 La Corte Constitucional en la sentencia C- 818 de 2005 puntualizó sobre la finalidad de la potestad sancionadora de la administración lo siguiente: “En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no 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 (...). // En consecuencia, a juicio de esta Corporación, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16). (...)” (Resalta la Sala).

Se tiene entonces, que la orden de reintegro de los recursos constituye el efecto propio que tiene lugar a propósito de la ausencia de una causa legal que justifique el reconocimiento o apropiación de dichos recursos. La decisión proferida por la Superintendencia Nacional de Salud y vertida en un acto administrativo, es esencialmente una orden de restitución de carácter patrimonial.

Esto sin perjuicio de que, si la Superintendencia Nacional de Salud durante el procedimiento de reintegro identifica actuaciones dolosas o de mala fe perpetradas por sus vigilados, que vulneren el deber jurídico de preservar los recursos de la salud, pueda ejercer adicionalmente sus funciones investigativas y sancionatorias⁵⁰ que en relación con los mismos hechos estime pertinente adelantar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1122 de 2007⁵¹, evento en el cual aplicará las reglas sobre la caducidad de la facultad sancionatoria que contempla la Resolución 3140 de 2011, “por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados”, en concordancia con el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, deberá la Superintendencia Nacional de Salud officiar a las demás entidades que considere pertinentes para que, de ser el caso, inicien las investigaciones que en relación con los mismos hechos puedan ser objeto de procesos de responsabilidad fiscal, penal, o disciplinaria.

Debe tenerse en cuenta que una apropiación o reconocimiento de recursos efectuado de forma indebida, no siempre ni necesariamente da lugar a iniciar acciones de tipo sancionatorio, pues dicha situación puede presentarse por una indebida interpretación de la información, por fallas en los equipos o en el software, o por un simple error humano de cualquiera de los agentes involucrados en el flujo de caja de los recursos del SGSSS, error que es justamente lo que constituye lo que el Código Civil define como pago de lo no debido, que hoy en día forma parte del concepto de enriquecimiento sin causa y que da derecho para repetir lo pagado⁵².

A partir de estas premisas y teniendo presente el principio según el cual “no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción o caducidad”⁵³, razones de orden público y de seguridad jurídica exigen entonces la determinación de un plazo extintivo o liberatorio, en relación con el

50 Sobre las funciones de inspección, vigilancia y control, la Ley 1122 de 2007 tiene las siguientes definiciones: “Artículo 35. //A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.// Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.//B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.// C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión”.

51 *Ibidem*. “Artículo 40 (...) a) Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la Ley 100 de 1993”.

52 El artículo 2313 al indicar que “[s]i el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”.

53 Sobre este principio se puede ver: Corte Constitucional, sentencias C-835 de 2003, C-624 de 2003, C-1232 de 2005 y C-735 de 2007, C-895 de 2009.

poder que tenía la administración para ejercer el procedimiento de reintegro de los recursos de la salud, antes de que entrara en vigencia la Ley 1753 de 2015.

Por tanto, ante el silencio del legislador sobre el término de caducidad,⁵⁴ antes de la expedición de la Ley 1753 de 2015, en relación con el procedimiento especial regulado por el decreto ley 1281 de 2001, la Sala considera que es posible suplirlo con base en las disposiciones que rigen el trámite común a los juicios contencioso administrativos, en cuanto sean aplicables⁵⁵.

Precedentemente se indicó que el procedimiento establecido en el artículo 3° del decreto ley 1281 de 2001, que culmina con un acto administrativo proferido por la Superintendencia Nacional de Salud, es esencialmente una orden de restitución de carácter patrimonial cuyo origen está dado por un traslado o giro de los recursos del sector sin una causa legal que lo justifique, al patrimonio, en este caso, de una EPS o de una EOC.

En consecuencia, es posible afirmar que la obligación legal de reintegrar los recursos de la salud apropiados “*sin justa causa*”, además de las previsiones legales que lo consagran, tienen soporte en el principio general del derecho que consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro⁵⁶.

En tal virtud, la Sala estima procedente aplicar el término de dos (2) años que señala el literal *i*) del numeral 2 del artículo 164 del de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala el término de caducidad de la acción de reparación directa⁵⁷, teniendo en cuenta que este es el aplicable a la *actio in rem verso*, y a su vez, constituye el límite máximo de tiempo en que la administración y los particulares puedan solicitar la restitución de los recursos por la vía judicial o mediante una conciliación extrajudicial.

En efecto, en la jurisdicción contenciosa administrativa se ha entendido que la *actio in rem verso* es la figura procesal a través de la cual se puede pedir la reparación del equilibrio patrimonial roto por la presencia de un enriquecimiento sin justa causa, solo cuando se carezca de otra acción para reclamar la reparación patrimonial deprecada. A esta pretensión le corresponde la vía procesal o medio de control denominado acción de reparación directa, y le

54 “Por caducidad se entiende la desaparición de un derecho o una prerrogativa por su no ejercicio adecuado dentro de un término perentorio. La figura de la caducidad, próxima a la de la prescripción extintiva en lo que atañe a sus efectos no puede decirse que sea reciente, pues si se observan algunas de sus hipótesis sobresalientes, hay que reconocer que tiene mucha antigüedad; lo que sucede es que, a mas de ser marginal su ocurrencia en el derecho privado, se le asimilaba a la prescripción, o cuanto menos, se resaltaban sus puntos de coincidencia y se opacaban los de su autonomía, actitud favorecida inclusive por las connotaciones procesales de una y otra institución”. Cfr. HINESTROSA FERNANDO. (2000) “La prescripción extintiva” Universidad Externado de Colombia, pág. 245.

55 La Corte Constitucional sobre el término de caducidad del proceso fiscal cuando la ley reguladora de dicho proceso no establecía uno (Ley 42 de 1993), en relación con la importancia de determinar el límite temporal de la acción, sostuvo que “constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general”, idea esta que justificó la aplicación por analogía de lo preceptuado en el Código Contencioso Administrativo. Cfr. Corte Constitucional sentencia T-973 de 1999 v.et. Sentencia C-836 de 2013.

56 El principio general del enriquecimiento sin justa causa tiene aplicación en todos los campos de la legislación en virtud de lo ordenado por el artículo 8° de la Ley 153 de 1887; el Código Civil, en su Libro IV, Título 33, Capítulo 2° reguló el denominado “cuasicontrato del pago de lo no debido”, y el artículo 831 del Código de Comercio preceptuó que “[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

57 Ley 1437 de 2011. “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: //i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (...)”.

aplica en consecuencia todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad de dicha acción⁵⁸.

En conclusión, si el término de caducidad de dos (2) años lo establece la ley para la acción de reparación directa (literal *i* del numeral 2 del artículo 164 del ***C.P.A.C.A.), término que incluye la pretensión de enriquecimiento sin justa causa (*actio in rem verso*), ese límite temporal debe predicarse *mutatis mutandis* para el ejercicio de la facultad que tienen el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002 y a la Resolución 3361 de 2013 que lo reglamenta.

En este punto, además de establecer el término que tiene la administración para ejercer su facultad e iniciar la actuación administrativa y expedir el acto administrativo que ordena el reintegro de los recursos, resulta importante precisar que el momento a partir del cual debe contarse dicho plazo es desde la producción del supuesto de hecho, esto es, desde la realización del giro o compensación de los recursos sin justa causa o desde el momento en que la administración tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si fue en fecha posterior, y siempre y cuando esté demostrada la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de ocurrencia.

c. El procedimiento de recaudo a través del cobro coactivo de la administración

Una vez se ha cumplido el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa dispuesto en el artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, en el cual se deberá atender las garantías del debido proceso que cobra vigencia en cualquier actuación iniciada por la administración, este finalizará con una resolución administrativa expedida por la Superintendencia Nacional de Salud que podrá declarar la existencia de la apropiación o reconocimiento indebido de los recursos de la salud y en consecuencia ordenará su reintegro a favor del Fosyga. Este acto administrativo, en el que consta una obligación pecuniaria expresa, clara y exigible a favor del Fosyga, constituye el título ejecutivo que sirve de soporte al Ministerio de Salud y Protección Social para iniciar el procedimiento de recaudo de dichos recursos.

1) Antecedentes

En virtud de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 6 de 1992, “*por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna*”, las entidades de derecho público del orden nacional gozan de facultades legales para hacer efectivos los créditos exigibles a su favor, así:

“Artículo 112. Facultad de cobro coactivo para las entidades nacionales. De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del or-

⁵⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).

den nacional tales como ministerios, departamentos administrativos, organismos adscritos y vinculados, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. (...)

De conformidad con esta norma, la jurisdicción coactiva se estableció para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación, enmarcada en los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo.

Posteriormente, la Ley 1066 de 2006, “*por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y otras disposiciones*”⁵⁹, en el artículo 5o, unificó el procedimiento de cobro que debe adelantarse para ejercer la jurisdicción coactiva, remitiéndolas a lo establecido en el Estatuto Tributario. Prevé el artículo 5º de la ley:

“Artículo 5o. 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. (...)”

Parágrafo 3o. Las Administradoras de Régimen de Prima Media con Prestación Definida seguirán ejerciendo la facultad de cobro coactivo que les fue otorgada por la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias”.

La Ley 1066 de 2006 unificó las formas de cobro coactivo en orden a garantizar para todas las entidades públicas el ejercicio de esa función “*en forma ágil, eficiente, oportuna y a través de un mismo procedimiento*”⁶⁰. Asimismo fue expresa la intención del legislador, en cuanto a que la función de jurisdicción coactiva se ejerciera con aplicación de unas mismas normas de procedimiento que fueran más flexibles y eficientes para el Estado, como lo son las del Estatuto Tributario⁶¹.

De los antecedentes del artículo 5º de la Ley 1066 del 2006 se infiere que el procedimiento que señala el Estatuto Tributario se extendió para todas las entidades públicas del Estado que tengan jurisdicción coactiva y, por tanto, les resulta forzosa la aplicación de la totalidad

59 La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de la Ley 1066 de 2006, en los Conceptos 1835 de 9 de agosto de 2007, 1882 del 5 de marzo de 2008, 1882 Ampliación del 15 de diciembre de 2009, 1904 de 19 de junio de 2008 y 2164 de 5 de junio de 2014, entre otros. V.et. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 12 de mayo de 2010. Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00193-01 (17461).

60 Los antecedentes de la ley son claros en este propósito. En efecto, en el debate del proyecto en la plenaria de la Cámara del proyecto de ley, se señalaron dos objetivos del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006: (i) dotar de jurisdicción coactiva a todas las entidades del Estado; y (ii) unificar el procedimiento de cobro coactivo para todas utilizando los procedimientos previstos en el Estatuto Tributario. Cfr. Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 256 del 13 de mayo de 2005. En el mismo sentido, en la ponencia para primer debate en el Senado se volvió a señalar: “*Al efecto unifica el procedimiento de cobro para todas las entidades a fin de que apliquen el establecido en el E. T. Se introducen modificaciones al Estatuto para la mejor fiscalización y cobro de obligaciones tributarias. Se facilita el pago sin incurrir en amnistías y saneamientos que hoy, al tenor de las sentencias de la Corte Constitucional, están cuasiprohibidos, dados los condicionamientos de los proveídos”* Cfr. Gaceta del Congreso 709 de 2005. En el mismo sentido puede verse la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, Cfr. Gaceta del Congreso 883 de 2005. V.et. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1835 del 9 de agosto de 2007.

61 “*(...) El punto de partida, indiscutiblemente, es la falta de normatividad de carácter legal que regule la materia de recaudo de cartera de forma uniforme, hay algunos apartes desconectados que sirven de soporte, muchas veces en gracia de interpretaciones o de analogías para las actuaciones de los servidores públicos. No hay un marco regulatorio que dé reglas claras para el ejercicio de la función recaudadora a favor del tesoro público”*. *Ibidem*.

de las disposiciones que conforman el Título VII del Libro Quinto que regulan el procedimiento administrativo coactivo, entre ellas las normas referentes a la prescripción⁶².

Adicionalmente, la Ley 1066 de 2006 se reglamentó en el Decreto 4473 del mismo año, reiterándose que el procedimiento a seguir por parte de las entidades a las que se refiere dicha ley para ejercer la facultad de cobro coactivo, es el señalado en el Estatuto Tributario:

“Artículo 5°. Procedimiento aplicable. Las entidades objeto de la Ley 1066 de 2006 aplicarán en su integridad, para ejercer el cobro coactivo, el procedimiento establecido por el Estatuto Tributario nacional o el de las normas a que este Estatuto remita”.

En concordancia con esta disposición el numeral 2 del artículo 100 de la Ley 1437 de 2011, en relación con las reglas de procedimiento de cobro coactivo señala que en el cobro de obligaciones a favor de las entidades públicas si no hay reglas especiales se regirán por lo dispuesto en dicha ley y en el Estatuto Tributario.

Cobro coactivo de obligaciones pendientes de pago a favor del Fosyga. Término para adelantar el procedimiento de cobro coactivo. Resolución 3407 de 2012

El Ministerio de Salud y Protección Social tomó en consideración lo que dictaminó el numeral 1 del artículo 2° de la Ley 1066⁶³ y conforme a lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 38 del Decreto 4107 de 2011⁶⁴, en el que se señaló que es función de la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas llevar a cabo las actuaciones encaminadas a lograr el cobro efectivo de las sumas que se adeuden a los fondos, por todo concepto, desarrollando las labores de cobro persuasivo, y adelantando los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, expidió la Resolución 3407 de 2012.

Dentro de las previsiones que hizo la Resolución 3407 de 2012, señaló las etapas del proceso de cobro de las obligaciones pendientes de pago a favor del Fosyga, y para efectos de la depuración de cartera pendiente de cobro, fijó los criterios que deben tenerse en cuenta para garantizar la oportunidad en el proceso. Al respecto dispuso:

“Artículo 9o. Clasificación y depuración de la cartera. La clasificación y depuración de la cartera se realizará con el objeto de garantizar la oportunidad en el proceso de cobro. La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social o, en su defecto, la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas o quien se delegue para el efecto, clasificará y depurará la cartera pendiente de cobro, teniendo en cuenta los siguientes criterios: (...)

62 Cfr. Artículos 98 a 101 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se adopta el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en relación con el procedimiento administrativo de cobro coactivo.

63 Ley 1066 de 2006. “Artículo 2°. Obligaciones de las entidades públicas que tengan cartera a su favor. Cada una de 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 y que dentro de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos del nivel nacional o territorial deberán:// 1. Establecer mediante normatividad de carácter general, por parte de la máxima autoridad o representante legal de la entidad pública, el Reglamento Interno del Recaudo de Cartera, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, el cual deberá incluir las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago”.

64 Decreto 4107 de 2011: “Por el cual se determinaron los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integró el Sector Administrativo de Salud y Protección Social”.

3. Incobrables. Este grupo se conformará por todas las obligaciones que sean susceptibles de prescripción y/o remisión tributaria, que deberá ser decretada por el Director de Administración de Fondos de la Protección Social, de conformidad con los artículos 817 y 820 del Estatuto Tributario nacional.

3.1. Prescripción. A las acciones de cobro cuya exigibilidad fuere de cinco (5) años o más, excluyendo el tiempo de suspensión, sin que se haya interrumpido el término, se les aplicará la figura jurídica de la prescripción conforme lo establecen los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario nacional.

Igualmente se aplicará sobre las que, interrumpido el término de prescripción en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 818 del Estatuto Tributario Nacional, hayan vuelto a transcurrir cinco (5) años o más.

Cumplidos los anteriores presupuestos, la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas o quien esta delegue para el efecto, proyectará para la firma de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, resoluciones múltiples o individuales, declarando prescrita la acción de cobro. La resolución ordenará, además, la terminación del proceso, si lo hubiere y el archivo del expediente”. (Resalta la Sala).

Las normas del Estatuto Tributario relacionadas con el fenómeno de la prescripción a las que recurre la Resolución 3407 de 2012 son del siguiente tenor:

“Artículo 817. Término de prescripción de la acción de cobro. (Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014). La acción de cobro de las obligaciones fiscales, **prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:**

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.

2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.

3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.

4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte”

“Artículo 818. Interrupción y suspensión del término de prescripción. (Artículo modificado por el artículo 81 de la Ley 6ª de 1992). El término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades

para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

El término de prescripción de la acción de cobro se suspende desde que se dicte el auto de suspensión de la diligencia del remate y hasta:

- La ejecutoria de la providencia que decide la revocatoria,

- La ejecutoria de la providencia que resuelve la situación contemplada en el artículo 567 del Estatuto Tributario.

- El pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el caso contemplado en el artículo 835 del Estatuto Tributario”.

“Artículo 819. El pago de la obligación prescrita, no se puede compensar, ni devolver. Fuente original compilada: L. 52/77 Art. 10. Lo pagado para satisfacer una obligación prescrita no puede ser materia de repetición, aunque el pago se hubiere efectuado sin conocimiento de la prescripción”⁶⁵ (Resalta la Sala).

Vale la pena comentar que este término de cinco (5) años para la prescripción de las obligaciones fiscales y las demás a las que se les aplica el Estatuto Tributario, coincide con el término de prescripción de la acción ejecutiva que establece actualmente el Código Civil en el artículo 2536, tal como fue modificado por el artículo 8º de la Ley 791 de 2002⁶⁶.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la acción de cobro prescribe a los cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 817 del Estatuto Tributario antes transcrito, este es el término con que cuenta el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social para adelantar el procedimiento administrativo de cobro coactivo reglamentado en la Resolución 3407 de 2012.

d. Estado de la cuestión

A manera de síntesis se puede señalar que existen tres procedimientos que coinciden en la consecución del reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa, en lo que respecta al proceso de giro y compen-

⁶⁵ Estos artículos se encuentran dentro del Capítulo II “Formas de extinguir la obligación tributaria”, el cual hace parte del Título VII “Extinción de la obligación tributaria”, que a su vez pertenece al Libro Quinto “Procedimiento tributario, sanciones y estructura de la Dirección de Impuestos Nacionales”.

⁶⁶ Ley 791 de 2002. “Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil” (...) Artículo 8º. El artículo 2536 del Código Civil quedará así: “El artículo 2536. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años, y la ordinaria por diez (10).// La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).// Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”

sación, los cuales tienen naturaleza jurídica distinta, características y plazos absolutamente diferenciables y separables entre sí:

1) El primer procedimiento que debe tenerse en cuenta es el de giro y compensación, a partir del cual puede surgir una apropiación o reconocimiento sin causa.

2) Si bien la exigencia de reintegrar los recursos indebidamente reconocidos o apropiados puede tener origen en el procedimiento de giro y compensación, el procedimiento especial de reintegro es un procedimiento administrativo especial y diferenciado, que puede terminar con una resolución expedida por la Superintendencia Nacional de Salud que declare la existencia de la obligación y ordene en consecuencia el reintegro inmediato de los recursos.

3) Finalmente, teniendo en cuenta que la resolución administrativa expedida por la Superintendencia Nacional de Salud al terminar el procedimiento especial de reintegro constituye un título ejecutivo, la forma de hacerlo efectivo es a través de un procedimiento de cobro coactivo.

a. El alcance de la expresión “*sin justa causa*” en el procedimiento de reintegro

Fundamento jurídico de la obligación legal de reintegrar los recursos de la salud apropiados indebidamente o reconocidos sin justa causa

Para la Sala, la obligación legal de reintegrar los recursos apropiados “*sin justa causa*” tiene soporte en principios generales del derecho, como aquel que consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro. Este principio general del enriquecimiento sin justa causa, tiene aplicación en todos los campos de la legislación, en virtud de lo ordenado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. En desarrollo de este principio el Código Civil, en su Libro IV, Título 33, Capítulo 2º regula el denominado “*cuasicontrato del pago de lo no debido*”, y el artículo 831 del Código de Comercio preceptúa que “[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

El Código Civil define el concepto del pago de lo no debido en el artículo 2313, al indicar que “[s]i el que **por error** ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”. Coincide la doctrina en señalar que la configuración del pago de lo no debido exige, primero, que el pago se haya verificado por el deudor, creyendo deber; segundo, que la obligación que se pretendió cumplir no tenía existencia en el momento de realizar el pago; y tercero, que el deudor haya cometido un error, es decir, que haya pagado en la creencia de estar obligado⁶⁷.

El fundamento que permite el pago de lo no debido es, por tanto, el error. Como se observa, en el derecho civil, el pago indebido es aquel realizado a quien no tenía derecho a recibirlo, pues lo pagado no se debía, exigiéndose el error del que paga y siendo indiferente el error de quien cobra. Estas definiciones del derecho privado son en principio válidas para efectos de la norma de reintegro de los recursos de la salud.

67 Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, tomo III, Obligaciones. Ed. Temis, Bogotá, 1982. p. 361, entre otros.

El tenor del artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002 “[c]uando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho (...)”.

Se desprende entonces que la apropiación o reconocimiento de los recursos de la salud, tiene la calidad de no debida, siempre y cuando se haya realizado sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento⁶⁸. Esto implica que el derecho a exigir la devolución de los recursos de la salud, nace en la apropiación o reconocimiento indebidos que consagra el decreto Ley 1281 de 2002.

Por tanto, la obligación de reintegro de los recursos de la salud tiene naturaleza *ex lege*, esto es, encuentra su fuente en la ley y en la Constitución Política⁶⁹: el giro de los recursos a los operadores del sistema no se hace por voluntad o un acto de liberalidad del Fosyga, sino porque existen una serie de disposiciones que le ordenan bajo ciertas condiciones, claramente preestablecidas, hacer la entrega de los dineros⁷⁰. Por lo tanto, la entrega indebida de los recursos constituye un incumplimiento de la ley o, de lo cual surge para las EPS y demás EOC la obligación jurídica de devolver lo reconocido o apropiado indebidamente.

b. Aspectos que determinan la ausencia de causa legal en el procedimiento de reintegro de los recursos de la salud

Por otra parte, la consulta indaga por los aspectos fácticos y jurídicos que deben considerarse para determinar cuándo se ha presentado una apropiación o reconocimiento de recursos del sistema de salud *sin justificación*, cuestión que advierte la Sala señaló el artículo 3° del decreto ley 1281 de 2002 se haría conforme “a los eventos que señale el reglamento”.

Ahora bien, dada la complejidad de cada una de las operaciones del sistema de salud en el flujo de los recursos, ha sido necesario que la administración, a través de reglamentos, regule algunas de las condiciones por las cuales se puede generar la obligación de reintegro de los recursos del sector. Las circunstancias que en cada uno de estos reglamentos se describen, constituyen en la práctica esas diversas causas no justificadas que dan lugar al reintegro de los recursos.

Por ejemplo, en el trámite para la aprobación y pago de recobros presentados por concepto de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que han sido autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados por fallos de tutela, el Ministerio de Salud y Protección Social, en la Resolución 458 de 2013, determinó las condiciones para la aprobación y pago de los recobros, sometiendo los pagos a un proceso de auditoría integral, y en

68 El artículo 1524 del Código Civil señala que no puede haber obligación sin una causa real y lícita. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; así, la promesa de dar algo a cambio de una deuda que no existe, carece de causa.

69 Cfr. Constitución Política, artículo 48 inciso 5°.

70 Cfr. Decreto 1283 de 1996 “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

caso de que no se cumplan los requerimientos de esta normativa para hacer el pago, este no tendrá justificación legal⁷¹.

Asimismo, en el trámite para el reconocimiento y pago de las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) del Fosyga, el Decreto 56 de 2015 reglamentó las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago, ejecución de recursos y funcionamiento de la Subcuenta ECAT, condiciones que, de no cumplirse, harían que la erogación de los recursos careciera de causa legal⁷².

Otro tanto ocurre con el proceso de compensación del régimen contributivo, regulado en el Decreto 4023 de 2011⁷³, al cual ya se refirió la Sala en este concepto, y con el proceso de Liquidación Mensual de Afiliados (LMA) en el régimen subsidiado, en la Resolución 1344 de 2012,⁷⁴ que señaló los términos y condiciones que servirán de soporte para el giro de recursos en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, con el fin de evitar pagos o apropiaciones no debidos de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)⁷⁵.

No obstante, advierte la Sala que la existencia de una *apropiación o reconocimiento sin justa causa* no puede reducirse a una casuística restringida y predefinida, pues dicha situación puede presentarse en cualquier evento en que la destinación de los recursos de la salud se haga sin un fundamento legal claro, incluso si dichas causas no están previstas expresamente en el reglamento.

En esa medida, la existencia de una apropiación o de un reconocimiento sin justa causa deberá determinarse en cada caso concreto a partir de criterios objetivos, como puede ser la confrontación de los requisitos legales exigidos para hacer los correspondientes giros de los recursos, la revisión de información administrativa y el control de la información contable de cada uno de los operadores del sistema receptores de los recursos de la salud.

-
- 71 Resolución 458 de 2013 (...) "Artículo 24. Control y seguimiento. El Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, dará traslado a la Superintendencia Nacional de Salud para que adelante las investigaciones a que hubiere lugar de acuerdo con sus competencias, cuando el volumen y valor de las solicitudes superen el promedio mensual histórico de recobros de la entidad, cuando se presenten recobros por prestaciones que correspondan al Plan Obligatorio de Salud (POS), sin que medie causa justificada para el recobro, o cuando el veinte por ciento (20%) del acumulado anual de las solicitudes sean objeto de no aprobación.// Este Ministerio en la realización de los estudios del Plan Obligatorio de Salud (POS), y de la suficiencia de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), considerará los medicamentos o procedimientos recobrados y trasladará a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos el listado de precios de los medicamentos recobrados para la adopción de las medidas propias de su competencia.// Las entidades administradoras de planes de beneficios, en cumplimiento del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, deberán diseñar un proceso permanente de auditoría y pertinencia médica que permita monitorear el cabal cumplimiento de la presente resolución, identificando las variaciones en el uso de los medicamentos No POS, por parte de cada uno de los prestadores de sus redes de servicios, que superen los parámetros señalados en el presente artículo.(...)"
- 72 Decreto 56 de 2015. (...) "Artículo 1°. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer las condiciones de cobertura, ejecución de recursos, funcionamiento y aspectos complementarios para el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, en que deben operar tanto la Subcuenta ECAT del Fosyga, como las entidades aseguradoras autorizadas para expedir el SOAT y demás entidades referidas en el ámbito de aplicación de este acto administrativo" (...).
- 73 El artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 3º del Decreto 674 de 2014, señaló que el Fosyga deberá adelantar el procedimiento establecido en el Decreto Ley 1281 de 2002, así: "Artículo 3. Modifícase el artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, el cual quedará así: *Control de pagos sin justa causa. El Fosyga realizará los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa en el proceso de compensación o de los demás recursos reconocidos a las EPS y a las EOC con cargo al Fosyga y en todo caso, realizará la verificación de la inexistencia de pagos dobles. //En caso de evidenciarse pagos de UPC u otros conceptos sin justa causa, sin importar el proceso de compensación al que corresponda, el Fosyga adelantará las gestiones correspondientes ante las EPS y las EOC, requiriéndoles la devolución de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º del Decreto-Ley 1281 de 2002 (...)*".
- 74 La Resolución 1344 de 2012 fue modificada por la Resolución 5512 de 2013 respecto al reporte de información de afiliación de las entidades pertenecientes a los regímenes especial y de excepción.
- 75 Resolución 1344 de 2012. (...) "Artículo 11. Soporte para el giro de recursos. El suministro de la información solicitada en los términos y condiciones previstas en el Anexo Técnico que hace parte integral de la presente resolución y que deberá ser registrada y actualizada en la Base de Datos Única de Afiliados, BDUA, constituirá el soporte para el giro de recursos en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, con el fin de evitar pagos o apropiaciones no debidos de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)".

La razón de ser de que cualquier apropiación o reconocimiento sin justa causa deban ser considerados como “indebidos” aunque los hechos que lo generen no estén previstos en el reglamento, está en la esencia misma del sistema de seguridad social en salud, en el que se procura que los recursos se asignen de forma exclusiva a los fines para los cuales se reservaron, pues constituyen recursos públicos sujetos a una normatividad precisa, que establece funciones y responsabilidades entre los diferentes órganos y entidades que los administran⁷⁶.

Es entonces la naturaleza especial de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón suficiente para que se haya previsto que cualquier erogación que se efectúe sin una justificación legal, clara y suficiente, sea objeto de reintegro. En esa medida, la causa eficiente para que los administradores del Fosyga puedan exigir la restitución de los recursos del sistema de seguridad social y para que los operadores del sistema tengan la obligación de reintegrarlos, es precisamente la ausencia de una “*justa causa*” que respalde el desplazamiento de los recursos de un patrimonio a otro.

4. Factores que determinan el reintegro de los recursos de la salud con intereses de mora o con actualización por el IPC, conforme al decreto ley 1281 de 2002

En la primera parte de este concepto se analizó el contenido del inciso primero del artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación, que indica:

“Artículo 3º. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho (...).”

A continuación el decreto ley 1281 de 2002 estableció que si el actor que maneja los recursos es el sujeto que evidencia la apropiación o reconocimiento indebido, deberá reintegrar los recursos al momento en que detecte el hecho. Las hipótesis que siguen en la disposición precisan cuándo los recursos deberán: *i)* devolverse, junto con los respectivos intereses o *ii)* reintegrarse actualizados con el índice de precios al consumidor. El inciso segundo del decreto ley 1281 de 2002 refiere:

“Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que maneja los recursos, este deberá reintegrarlos en el momento en que detecte el hecho”.

En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés

76 Cfr. Artículo 48 de la Constitución Política.

moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. (...)”

De la lectura de la norma se infiere que si la apropiación o reconocimiento indebido ocurrió por negligencia, imprudencia o impericia, ya que el actor contaba con herramientas, información o instrumentos para evitar la apropiación indebida de los recursos, y ante la falta de cuidado al no tomar las medidas necesarias para evitar que el hecho ocurriera, surge la obligación de reintegrar el capital, más el pago de los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales⁷⁷.

Enseguida el artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002 preceptúa:

“(...) Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor (IPC)”

En el supuesto de esta hipótesis, el pago de los recursos debidamente actualizados por el índice de precios al consumidor (IPC)⁷⁸ se subordina a la conducta diligente que haya observado el actor del sistema, pues se parte del supuesto de que, aun cuando este haya utilizado las herramientas, la información y los instrumentos para evitar errores, y no pudo evitar el reconocimiento o la apropiación indebidos. Sin embargo, pese a que no se le reproche descuido o negligencia en la actuación, el legislador reconoció que era su obligación actualizar las sumas recibidas, pues en todo caso es necesario reintegrar al sistema los recursos por su valor real, es decir, descontando el efecto de la inflación⁷⁹.

Precisa la Sala que, la conducta negligente que ocasione el reintegro de los recursos con intereses moratorios, deberá acreditarse y probarse con arreglo al debido proceso, principio inherente de cualquier actuación administrativa.

Por último, la Sala observa que las previsiones del artículo 3º en relación con el pago de intereses y la actualización de los recursos por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), recogen la filosofía general del decreto ley 1281 de 2002, cuyo propósito es que todas las entidades e instituciones del Sistema de Salud cumplan con unos principios de oportunidad y eficiencia en la utilización de los recursos financieros disponibles para garantizar los servicios del Sector Salud⁸⁰.

77 El cálculo de los intereses moratorios introducido por el artículo 141 de la Ley 1607 de 2012, por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones, establece: *“Artículo 141. Modifíquese el artículo 635 del Estatuto Tributario, el cual quedará así: Artículo 635. Determinación de la tasa de interés moratorio. Para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.// Las obligaciones insolutas a la fecha de entrada en vigencia de esta ley generarán intereses de mora a la tasa prevista en este artículo sobre los saldos de capital que no incorporen los intereses de mora generados antes de la entrada en vigencia de la presente ley.// (...)”*

78 El índice de precios al consumidor (IPC) 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, o el aumento del nivel general de precios y la desvalorización de la moneda.

79 *“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.

80 Decreto Ley 1281 de 2002. *“Artículo 1º. Eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos. Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna.// La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las*

En relación con el deber de pagar intereses moratorios, la norma cumple una finalidad disuasiva⁸¹, de manera que la conducta de los actores se ajuste a los deberes de cuidado necesarios en el manejo de los recursos públicos, so pena de hacerse exigible el pago de los intereses. En el caso de la actualización de los recursos conforme al IPC,⁸² el propósito de la norma se ajusta a la necesidad de proteger efectivamente los recursos del sistema de salud, manteniendo su valor real o poder de compra. Estas medidas, a juicio de la Sala, crean un mecanismo para conservar la integridad del patrimonio administrado, preservar la destinación exclusiva de los recursos de la salud y tener el control del empleo eficiente de los recursos del sector.

Conforme a lo expuesto,

LA SALA RESPONDE:

1. *“De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, la administración no puede cuestionar los conceptos y montos incluidos en dichas declaraciones, o cuáles son las consecuencias que de dicha firmeza se derivan?”*

2. *“De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, se extingue la facultad de la administración para adelantar el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa de que trata el artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, que se hubiere podido presentar en el mismo período objeto de dichas declaraciones?”*

Las disposiciones del último inciso del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, que indicaban un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación por concepto de la UPC quedaran en firme, no son aplicables en relación con el término que tiene la administración para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, pues aquella disposición debe considerarse derogada.

3. *“En el evento de no considerarse aplicables las previsiones contenidas en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, como límite temporal para que la administración adelante el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso integral de giro y compensación de UPC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1281 de 2002, ¿cuál sería el término con el que cuenta la administración para adelantar dicho procedimiento y cuál su sustento normativo?”*

El término con el que cuenta la administración para iniciar el procedimiento de reintegro de recursos de la Salud apropiados o reconocidos sin justa causa como consecuencia del

entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país.”

81 En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2023 del 19 de agosto de 2010.

82 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 esta forma permite el pago del valor real de dichas acreencias.

pago de lo no debido originado en el proceso de giro y compensación, a partir del 9 de junio del año 2015, es el establecido en el último inciso del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, conforme al cual los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud que se surten ante el Fosyga, quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización.

Antes del 9 de junio del año 2015, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1753, el término con el que contaba la administración para iniciar el procedimiento de reintegro de recursos de la Salud apropiados o reconocidos sin justa causa como consecuencia del pago de lo no debido originado en el proceso de giro y compensación, es el término de caducidad de dos (2) años aplicable para la acción de reparación directa (literal *i* del numeral 2 del artículo 164 del CPACA), término que incluye la pretensión de enriquecimiento sin causa (*actio in rem verso*).

En los dos eventos, el momento a partir del cual debe contarse dicho plazo es desde la producción del supuesto de hecho, esto es, desde la realización del giro o compensación de los recursos sin justa causa o desde el momento en que la administración tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si fue en fecha posterior, y siempre y cuando esté demostrada la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de ocurrencia.

4. *“¿Con arreglo a las situaciones planteadas en cada uno de los procedimientos administrativos en virtud de los cuales se genera flujo de recursos del SGSSS, entre el Fosyga y los diferentes actores que intervienen en el mismo, cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar que se ha presentado una apropiación indebida de recursos o un reconocimiento sin justa causa de los mismos?”*

Algunos aspectos que determinan la ausencia de causa legal en el procedimiento de reintegro de los recursos de la salud, conforme al artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, se han especificado en los distintos reglamentos que existen sobre la materia. Sin embargo, la existencia de una *apropiación o reconocimiento sin justa causa* no puede reducirse a una casuística restringida y predefinida, pues dicha situación puede presentarse en cualquier evento en que la destinación de los recursos de la salud se haga sin un fundamento legal claro, incluso si dichas causas no están previstas expresamente en el reglamento.

En esa medida, la existencia de una apropiación sin justa causa deberá determinarse en cada caso concreto a partir de criterios objetivos, como puede ser la confrontación de los requisitos legales para hacer los correspondientes giros de los recursos, la revisión de la información administrativa y el control de la información contable de cada uno de los operadores del sistema receptores de los recursos de la salud.

5. *“¿Cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar los casos en los cuáles procede el reintegro de recursos con intereses liquidados a la tasa moratoria establecida para los impuestos administrados por la DIAN, y cuándo procede el reintegro solo con la actualización del IPC?”*

Conforme al artículo 3º del decreto ley 1281 de 2002, cuando la apropiación o reconocimiento indebido ocurra por negligencia, imprudencia o impericia del actor del sistema,

surge la obligación de reintegrar los recursos junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Si la apropiación indebida se presentó pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

La conducta negligente que ocasione el reintegro de los recursos con intereses moratorios deberá estar debidamente acreditada y probada con arreglo al debido proceso, principio inherente de cualquier actuación administrativa.

Remítase al Ministro de Salud y Protección Social 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.

12. Caja de compensación. Aportes.

Radicado 2267

Fecha: 02/12/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 23 de junio de 2016

El Ministerio de Trabajo consulta a la Sala acerca del pago de los aportes parafiscales realizados a las Cajas de Compensación Familiar en su calidad de administradores de estos recursos.

I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Trabajo presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. En virtud de lo dispuesto por los artículos 7º y 15 de la Ley 21 de 1982, los empleadores que tienen la obligación de pagar los aportes relativos al subsidio familiar y al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), deben hacerlo por intermedio de una Caja de Compensación Familiar.

2. La mora en el pago de los aportes genera como sanción la suspensión o la expulsión del afiliado a la respectiva Caja, según lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 21 de 1982.

3. Si se produce la expulsión del empleador por mora, los trabajadores pueden efectuar el cobro judicial por los subsidios adeudados. Asimismo, el empleador expulsado no puede ser aceptado por otra Caja de Compensación hasta que pague la suma adeudada o haya suscrito un acuerdo de pago sobre esta.

4. Atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los aportes realizados por los empleadores a las Cajas de Compensación son de naturaleza parafiscal y de seguridad social.

5. No existe norma expresa en materia de prescripción aplicable en materia de aportes parafiscales.

6. Actualmente algunas empresas no han pagado los aportes al sistema de subsidio familiar, encontrándose por tanto en mora, en algunos casos inclusive por periodos superiores a 5 años. Frente a estos aportes, existe la duda de si son susceptibles de recobro.

7. A partir de la implementación de la Planilla Integrada para la Liquidación de Aportes (PILA), varias Cajas de Compensación Familiar, están recibiendo aportes de empresas que no se encuentran afiliadas, no ha sido posible ubicarlas y no han presentado ninguna reclamación por los dineros cancelados, dineros estos que se encuentran depositados en las cuentas bancarias de las Cajas y son identificados como “partidas pendientes de identificar”. De esta suerte es necesario establecer el tratamiento que deben recibir estos recursos.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Trabajo formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Respecto a los aportes parafiscales adeudados por las empresas y con destino a las Cajas de Compensación Familiar, se puede señalar la existencia de un término de prescripción para ejercer las acciones de cobro?*

2. *Teniendo en cuenta que nuestra legislación no establece término alguno, y de ser afirmativa la respuesta anterior ¿Qué clase de prescripción se aplica para ejercer las acciones de cobro respecto de estos aportes?, el de tres años propios de la prescripción laboral por ser una prestación social o el de cinco años del estatuto tributario?*

3. *¿Qué término deben esperar las Cajas de Compensación Familiar para que los aportes de las empresas que no se encuentran afiliadas y no han hecho reclamación de estos recursos, se constituyan para la Corporación y sean registrados contablemente como un ingreso no operacional?*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

a. Las Cajas de Compensación y el subsidio familiar

Las Cajas de Compensación, son personas jurídicas sin ánimo de lucro y de derecho privado¹, que cumplen importantes funciones en materia de seguridad social. De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 21 de 1982:

“Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:

1. *Recaudar, distribuir y pagar los aportes, destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las escuelas industriales y los institutos técnicos en los términos y con las modalidades de la Ley.*

2. *Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie de servicios de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente Ley.*

3. *Ejecutar, con otras Cajas, o mediante la vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la Ley*².

1 “Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil; cumplen funciones de seguridad social y están sometidas al control y vigilancia del Estado, en la forma establecida por la Ley 21 de 1982, en su artículo 39; son entidades de origen legal y de naturaleza especial, que pueden crear los particulares con fines sociales y sin ánimo de lucro”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 15 de noviembre de 2012, Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00074-01(18584).

2 El artículo 16 de la Ley 789 de 2002 adicionó otras funciones entre las que se encuentran: “1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia. 2. Invertir en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones, conforme las reglas y términos del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás disposiciones que regulen las materias. (...) 3. Participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal de la respectiva institución sea la operación de microcrédito, conforme las normas del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás normas especiales conforme la clase de entidad. (...) 5. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil

Respecto de los aportes administrados por las mencionadas Cajas, la jurisprudencia nacional ha identificado las siguientes características:

- i) Están destinados a pagar una prestación social³.
- ii) Tienen la calidad de recursos públicos⁴.
- iii) Buscan proteger integralmente a la familia.
- iv) Constituyen una herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del gobierno⁵.
- v) Tienen la triple condición de prestación legal de carácter laboral, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio⁶.
- vi) El subsidio familiar no constituye salario⁷, y
- vii) Pretenden aliviar las cargas económicas del trabajador⁸.

En lo que respecta a la naturaleza de los aportes que reciben las Cajas de Compensación en su calidad de administradores del subsidio familiar, la legislación colombiana y la juris-

y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta. 6. Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la Caja respectiva. (...)"

- 3 "El subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación derivada del derecho a la seguridad social". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de marzo de 2010, Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00001-00(1935). "Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 3 de diciembre de 2009, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01032-01(0468-09). "Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como si lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de noviembre de 2001, C-1173/01.
- 4 "Por lo tanto, lo esencial no es que el beneficiario del subsidio familiar individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, como lo plantea equivocadamente el actor, sino que los recursos captados de los empleadores, dada su naturaleza pública, sean reinvertidos en beneficio de todos los trabajadores, entendidos estos como una sola colectividad". Ibidem. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 5 de agosto de 2003, C-655/03. Frente a la naturaleza pública de las contribuciones parafiscales la jurisprudencia ha indicado: "Ahora bien, la norma acusada está referida a la gestión de las contribuciones parafiscales que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, son de naturaleza esencialmente pública, pues son fruto de la soberanía fiscal del Estado, aun cuando puedan ser administrados por entidades privadas. Además, esos recursos parafiscales pueden servir para financiar servicios o inversiones en determinados espacios, pues ellos son una contribución obligatoria para cierto sector de la sociedad, cuya finalidad es la reversión de tales recursos en ese mismo sector. Por ende, es perfectamente natural que se incluyan dentro de la ley del plan disposiciones sobre la forma como deben ser gestionados y ejecutados estos recursos parafiscales pues ellos sirven para financiar, en forma permanente, servicios e inversiones en determinados sectores sociales". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de mayo de 1996, C-191/96.
- 5. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de noviembre de 2001, C-1173/01.
- 6. "El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Asimismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social. Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue". Corte Constitucional. Sentencia del 9 de octubre de 1997, C-508/97.
- 7 "Los artículos 2° y 3° de la Ley 21 de 1982 señalan que el subsidio familiar no constituye salario, ni es gravable fiscalmente". Corte Constitucional. Sentencia del 24 de agosto de 2011, C-629/11.
- 8 "Tanto la Ley 21 de 1982 como la Ley 789 de 2002 regulan el alcance del subsidio familiar, así como sus beneficiarios y obligados a su prestación. En primer lugar, el artículo 1 dispone que el subsidio familiar es una (i) prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, (ii) en proporción al número de personas a cargo y (iii) su objetivo fundamental consiste en aliviar las cargas económicas del trabajador". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de mayo de 2011, C-337/11.

prudencia le han otorgado la calidad de recursos parafiscales. Así, el Decreto 1072 de 2015⁹, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo¹⁰, señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2:

“Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes. Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado tienen la condición de recursos parafiscales y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes”¹¹.

En la misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, la cual ha indicado que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar son resultado de la potestad tributaria del Estado. Así, se ha señalado:

“Siendo los recursos de seguridad social que manejan las Cajas de Compensación Familiar, el resultado de la potestad tributaria del Estado ejercida a través del Congreso de la República (Artículos 150-12 y 338 Superiores), es importante traer a colación, lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en cuanto a las contribuciones de carácter parafiscal: (...)”

En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto”¹².

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-337 de 2011 calificó los mencionados aportes como recursos parafiscales atípicos indicando:

“En lo que respecta a la financiación del subsidio, este ha sido clasificado por la jurisprudencia como una contribución parafiscal atípica. En efecto, al mismo tiempo que la Corte ha puesto de presente el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, ha indicado también que la manera como han sido regulados los recursos que manejan las cajas de compensación familiar permite concluir que son recursos provenientes de una exacción parafiscal de naturaleza atípica. Ello significa que la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley”¹³.

9 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”.

10 “Ámbito de Aplicación. El presente decreto aplica a las entidades del sector Trabajo, así como a las relaciones jurídicas derivadas de los vínculos laborales, y a las personas naturaleza o jurídicas que en ellas intervienen”. Artículo 2.1.1.2.

11 Igualmente, el carácter parafiscal de los recursos se reconoce también del artículo 2.2.7.5.3.1: “El objeto de la presente sección es establecer el régimen de autorización para los planes, programas y proyectos de inversión en obras o servicios sociales que desarrollen las Cajas de Compensación Familiar, fijar condiciones sobre la utilización de los recursos parafiscales bajo su administración y sobre aquellos de otra naturaleza, y dictar normas para asegurar el adecuado uso de los recursos destinados por estas corporaciones a la ejecución de los servicios sociales a su cargo, con prioridad para la atención de los trabajadores afiliados beneficiarios y sus familias”.

12 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00073-00(1763).

13 Corte Constitucional. Sentencia del 4 de mayo de 2011, C-337/11. “Reitera la Corte que los recursos del subsidio familiar no son contribuciones parafiscales típicas puesto que no reúnen, en sentido estricto, el requisito del origen y destinación sectoriales, lo cual no obsta para que sean una especie de parafiscalidad, como lo ha señalado la Corte”. Corte Constitucional. Sentencia del 20 de enero de 2004, C-015/04. “De otro lado, y como ya lo precisara la Corte Constitucional en este pronunciamiento, las Cajas de Compensación Familiar se ocupan de la administración de contribuciones parafiscales, ya que según las funciones que les fueron encomendadas con los artículos 41 de la Ley 21 de 1982 y 16 de la Ley 789 de 2002, están dados los supuestos consagrados en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), para asignarle ese carácter, ya que la exacción fiscal opera frente a un determinado grupo social, quien desde luego recibe, en dinero o en especie, los beneficios de lo recaudado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 27 de marzo de 2009, Radicación número: 47001-23-31-000-2007-

Lo anterior, ha permitido concluir a la jurisprudencia nacional que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar corresponden a un asunto de naturaleza tributaria¹⁴.

b. Las acciones de cobro

El ordenamiento jurídico colombiano reconoce la posibilidad de reclamar a través de la vía judicial el pago de los aportes derivados del subsidio familiar. Así, el artículo 113 de la Ley 6ª de 1992 reconoció a las Cajas de Compensación Familiar la competencia para adelantar los procesos de cobro de los aportes que deben realizarse a ellas. Así, estableció la norma:

“Los procesos de fiscalización y cobro sobre el cumplimiento correcto y oportuno de los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al Instituto de Seguros Sociales, ISS, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, deberán ser adelantados por cada una de estas entidades”.

Igualmente, el artículo 2.2.7.2.5.6 del Decreto 1072 de 2015 dispuso:

“Trámite judicial para el cumplimiento de las obligaciones. Las cajas de compensación, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), la Escuela Superior de Administración Pública y los trabajadores beneficiarios del empleador desafiado por mora en el pago de sus aportes, podrán exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación”.

Asimismo, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, cuenta también con facultades de cobro respecto al pago de las contribuciones parafiscales de la protección social, entre las cuales se encuentran los aportes que reciben las Cajas de Compensación¹⁵. Lo anterior, en atención a lo dispuesto por las leyes 1151 de 2007 y 1607 de 2012. Así, respecto a la primera norma, el artículo 156 determina:

“Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo: (...)

00523-01. Por su parte la doctrina ha indicado: “El sistema de subsidio familiar se financia con un régimen de aportes de naturaleza parafiscal”. Gerardo Arenas Monsalve, El Derecho colombiano de la seguridad social, Legis Editores S. A., tercera edición, 2011, p. 751.

14 “La Corte ha indicado que la Constitución no es unívoca en la designación de los asuntos que forman parte de la materia tributaria, y ha sentado ciertos parámetros generales para la interpretación de las normas pertinentes. Ha dicho que los “asuntos relativos a los tributos” a los que se refiere el artículo 154 de la Carta, cobijan, no solo los impuestos, sino cualquier ejercicio del poder impositivo estatal tendiente a establecer cargas económicas sobre los ciudadanos...Teniendo en cuenta este criterio, la Corte ha encontrado como perteneciente a la materia tributaria, por ejemplo, lo siguiente: Los impuestos, las tasas, las sobretasas, la materia aduanera, las contribuciones parafiscales, la inversión forzada en títulos emitidos por el gobierno, y el sobrecosto en los servicios públicos domiciliarios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de julio de 2001, C-708/01. “De acuerdo con lo anterior esta Corporación establece que la materia objeto de conciliación entre las entidades antes señaladas hace referencia a un asunto de naturaleza tributaria como son las contribuciones parafiscales, lo cual de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 70 de la Ley 446 de 1998 antes transcrito, no puede ser sometido a conciliación. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 19 de julio de 2006, Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02054-01(16014). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación número: 25000-23-27-000-2011-00082-01(19147). Corte Constitucional. Sentencia del 4 de septiembre de 2013, C-615/13.

15 “1. Contribuciones Parafiscales del Sistema de la Protección Social: Se refieren a los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social Integral conformado por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, y a los establecidos con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y al Régimen de Subsidio Familiar”. Decreto 3033 de 2013, artículo 1º.

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 administradores 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 lo previsto en este artículo, los procedimientos de liquidación oficial se ajustarán a lo establecido en el Estatuto Tributario, Libro V, Títulos I, IV, V y VI. Igualmente, adelantará el cobro coactivo de acuerdo con lo previsto en la Ley 1066 de 2006”.

Por su parte, el artículo 178 de la Ley 1607 de 2012 estableció las reglas atinentes a la competencia de la UGPP para el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, sin que en todo caso las administradoras del Sistema de Protección Social perdieran la potestad de seguir adelantando las acciones de cobro de la mora de los afiliados. En esta dirección la señalada disposición indicó:

“La UGPP será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, respecto de los omisos e inexactos, sin que se requieran actuaciones persuasivas previas por parte de las administradoras.

Parágrafo 1°. Las administradoras del Sistema de la Protección Social continuarán adelantando las acciones de cobro de la mora registrada de sus afiliados, para tal efecto las administradoras estarán obligadas a aplicar los estándares de procesos que fije la UGPP. La UGPP conserva la facultad de adelantar el cobro sobre aquellos casos que considere conveniente adelantarlos directamente y de forma preferente, sin que esto implique que las administradoras se eximan de las responsabilidades fijadas legalmente por la omisión en el cobro de los aportes.

Parágrafo 2°. La UGPP podrá iniciar las acciones sancionatorias y de determinación de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con la notificación del Requerimiento de Información o del pliego de cargos, dentro de los cinco (5) años siguientes contados a partir de la fecha en que el aportante debió declarar y no declaró, declaró por valores inferiores a los legalmente establecidos o se configuró el hecho sancionable. En los casos en que se presente la declaración de manera extemporánea o se corrija la declaración inicialmente presentada, el término de caducidad se contará desde el momento de la presentación de la declaración extemporánea o corregida¹⁶.

16 “Control a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social por parte de la UGPP. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) efectuará los labores de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, en los casos de omisión, inexactitud y mora por acción preferente. Cuando la UGPP adelante un proceso de determinación de obligaciones parafiscales y detecte omisión, inexactitud y mora en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social, la Unidad asumirá la gestión integral de determinación y cobro de los valores adeudados al sistema”. Decreto 3033 de 2013, artículo 2°. Por omisión, inexactitud y mora el artículo 1° del Decreto 3033 de 2013 señala: “3. Omisión en la afiliación: Es el incumplimiento de la obligación de afiliar o afiliarse a alguno o algunos de los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social y como consecuencia de ello, no haber declarado ni pagado las respectivas contribuciones parafiscales, cuando surja la obligación conforme con las disposiciones legales vigentes. 4. Omisión en la vinculación: Es el no reporte de la novedad de ingreso a una administradora del Sistema de la Protección Social cuando surja la obligación conforme con las disposiciones legales vigentes y como consecuencia de ello no se efectúa el pago de los aportes a su cargo a alguno o algunos de los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social.

Igualmente, en relación al cobro de los aportes parafiscales la Superintendencia del Subsidio Familiar y la UGPP profirieron la Circular Conjunta del 23 de abril de 2015, la cual fijó las instrucciones para el ejercicio de la facultad de verificación y cobro de las contribuciones parafiscales con destino al subsistema de subsidio familiar. Allí se reafirmó la competencia de la UGPP para adelantar acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social en el caso de omisos e inexactos y la facultad de las Cajas de Compensación Familiar para proceder con las acciones de cobro de los aportes parafiscales con destino al subsidio familiar en caso de mora, prerrogativa que debe adelantarse siguiendo los estándares de cobro determinados en la Resolución número 444¹⁷ del 28 de junio de 2013¹⁸.

Respecto al cobro de los aportes parafiscales por parte de las Cajas de Compensación, encuentra la Sala que no existe norma especial o particular que establezca un término de prescripción para adelantar el cobro de los referidos aportes. Sin embargo, lo anterior no significa que este no exista, pues tal como lo ha reconocido la jurisprudencia “no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción o caducidad”¹⁹.

De esta suerte, es necesario determinar cuál sería el término de prescripción. Para responder a este interrogante, vale la pena empezar destacar como antecedente histórico el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, el cual indicaba que las normas relativas al cobro incorporadas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario, eran las disposiciones aplicables en lo referente a la administración y control de las contribuciones y aportes establecidas en la Ley 21 de 1982²⁰. Frente a esta norma la Sección Cuarta del Consejo de Estado tuvo la oportunidad de señalar:

“En consecuencia, contrario a lo que considera el demandante, estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales, por lo que para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, “las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Como dentro de estas

5. Inexactitud: Es cuando se presenta un menor valor declarado y pagado en la autoliquidación de aportes frente a los aportes que efectivamente el aportante estaba obligado a declarar y pagar, según lo ordenado por la ley.

6. Mora: Es el incumplimiento que se genera cuando existiendo afiliación no se genera la autoliquidación acompañada del respectivo pago de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en los plazos establecidos en las disposiciones legales vigentes”.

17 “Por la cual se establecen los estándares de cobro que deben implementar las Administradoras del Sistema de la Protección Social”.

18 “Por lo anterior la competencia para la VERIFICACIÓN Y COBRO DE LA MORA permanece en cabeza de las Cajas de Compensación Familiar, las cuales deberán atender a los estándares de cobro implementados por la Unidad en la Resolución número 444 de 2013 o las normas que la adicione, modifiquen o sustituyan, aun cuando el Consejo Directivo haya expulsado al empleador moroso, toda vez que la expulsión del aportante por parte de la Caja de Compensación, no la exime de continuar con el cobro de los aportes adeudados”. Circular Conjunta del 23 de abril de 2015 expedida por la Superintendencia del Subsidio Familiar y UGPP.

19 “Desde esta perspectiva, teniendo presente el principio según el cual “no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción”, razones de orden público y de seguridad jurídica exigen que estas obligaciones tengan un plazo extintivo o liberatorio. Y así como es facultativo del Legislador señalar los requisitos para la creación de obligaciones, también es potestativo de este fijar las reglas de extinción de las mismas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2013, Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00632-01(0349-12). Corte Constitucional, Corte Constitucional. Sentencia del 2 de diciembre de 2009, C-895 de 2009. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 5 de agosto de 1999, Radicación número: AC-7878.

20 “Remisión de normas de administración y control. Las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las Leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”.

*contribuciones se cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor*²¹.

El referido artículo 54 fue modificado (artículos 91 de la Ley 488 de 1998²² y 99 de la Ley 633 de 2000²³) y ahora dispone:

“El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto de Seguros Sociales, la Escuela Superior de Administración Pública, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán amplias facultades de fiscalización y control frente a las contribuciones y aportes inherentes a la nómina que les correspondan respectivamente, de acuerdo con sus actuales competencias y conforme con aquellas normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional que sean compatibles con el ejercicio de sus funciones”.

Como puede observarse, esta disposición ya no hace referencia al “cobro” de los aportes, sino que se limita a permitir la aplicación del Libro V del Estatuto Tributario para el ejercicio de facultades de fiscalización²⁴ y control²⁵, conceptos dentro de los cuales a juicio de la Sala, no se encuentra incorporada la facultad de cobro.

Bajo este contexto, ante la falta de norma expresa que establezca el término de prescripción, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 817 del Estatuto Tributario, pues tal como ya se ha señalado, los recursos parafiscales corresponden a asuntos de naturaleza tributaria. En consecuencia, el término de prescripción para el ejercicio de las acciones de cobro adelantadas dentro del marco de procesos judiciales es de cinco años²⁶.

- 21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 26 de marzo de 2009, Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00422-01.
- 22 “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto de Seguros Sociales, la Escuela Superior de Administración Pública, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán amplias facultades de fiscalización y control frente a las contribuciones y aportes inherentes a la nómina que les correspondan respectivamente, de acuerdo con sus actuales competencias y conforme con aquellas normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional que sean compatibles con el ejercicio de sus funciones.
El Gobierno nacional, al reglamentar la presente disposición, deberá armonizar las normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional con las particulares características que tienen los distintos subsistemas que integran el Sistema de Seguridad Social Integral; la naturaleza que tienen las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, y la índole y capacidad operativa que tienen las entidades que los administran. Con base en estas consideraciones, el Gobierno nacional establecerá el marco de las competencias para ejercer las funciones en materia de control al cumplimiento de las obligaciones que la Ley establece en materia de aportes parafiscales. (...)”.
- 23 Este artículo fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-992/01.
- 24 Dentro del concepto de fiscalización no se incluye el cobro, pues estos pueden entenderse como conceptos diferentes. Así por ejemplo, el artículo 113 de la Ley 6ª de 1992 distingue respecto a las competencias de la Caja de Compensación Familiar entre fiscalización y cobro: “Los procesos de fiscalización y cobro sobre el cumplimiento correcto y oportuno de los aportes... a las Cajas de Compensación Familiar, deberán ser adelantados por cada una de estas entidades”.
- 25 El cobro no se encuentra incorporado dentro del concepto de control a la luz del propio artículo 99 de la Ley 633 de 2000, que dispone: “En todo caso, en ejercicio de las tareas de control, las entidades administradoras podrán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes al Sistema que hayan recibido; solicitar de los aportantes, afiliados o beneficiarios la información que estimen conveniente para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones para con el Sistema, al igual que solicitar de aquellos y estos las explicaciones sobre las inconsistencias en la información relativa a sus aportes a los distintos riesgos que haya sido detectada a través del Registro Único de Aportantes a que alude el inciso final del presente artículo. En ningún caso las entidades administradoras podrán modificar unilateralmente tales declaraciones, salvo que se trate de simples errores aritméticos o del período de cotización en salud.
Agotada la etapa persuasiva de control a que alude el inciso anterior sin que el aportante acepte corregir la situación anómala detectada por la administradora, esta deberá dar traslado de las actuaciones surtidas a la entidad que resulte competente para conocer de las mismas, según el riesgo de que se trate. En el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud, dicha competencia recaerá en la Superintendencia Nacional de Salud. En los casos que correspondan al Sistema de Seguridad Social en Pensiones o Riesgos Profesionales, será competente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.
- 26 Es importante anotar que incluso, el término de prescripción de 5 años aplicaría también si se acudiera directamente al Código Civil, como lo fundamentó en una ocasión la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 22 de agosto de 2013: “Hoy día en este procedimiento no hay término habilitado para iniciar dicha acción de cobro, quedando el tema de la caducidad regulado en el art 817 de E.T., norma que refiere en particular al término de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales, mas no al de las obligaciones parafiscales.

Asimismo, este será el término por aplicar en el caso de acciones de cobro bajo el procedimiento de cobro coactivo, al cual puede acudir la UGPP por expreso mandato de los artículos 156 de la Ley 1151 de 2007²⁷ y 5º de la Ley 1066 de 2006. Esta última disposición señala:

“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”.

En consecuencia, si en virtud de la Ley 1066 de 2006 debe acudirse al Estatuto Tributario, el término de prescripción de la acción de cobro de recursos parafiscales, cuando esta es adelantada bajo el procedimiento de cobro coactivo, es el dispuesto por el artículo 817 del Estatuto, es decir, de 5 años. Este término, tanto en el procedimiento judicial como en el de cobro coactivo, debe contarse atendiendo los criterios señalados en el referido artículo 817 que resulten aplicables al caso. En esta dirección, la norma dispone:

“La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión”.*

De esta suerte, según corresponda, el término de prescripción de 5 años inicia a partir de: i) la fecha de vencimiento del término en que el aportante debió declarar (autoliquidar) en el caso de declaraciones que sean presentadas oportunamente, ii) la fecha de presentación de la declaración (autoliquidación) cuando se ha hecho una presentación extemporánea, iii) la fecha de presentación de la declaración de corrección, y iv) la fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

Es decir, que el Estatuto Tributario a más de señalar la caducidad de la acción bajo la nominación de prescripción, por inactividad del titular en término perentorio de cinco años respecto del cobro de deudas fiscales, no hace alusión respecto de las obligaciones cuyo contenido es un recurso parafiscal. Para estos, se concluye que el proceso de cobro puede ser iniciado dentro del término general de prescripción señalado en el Código Civil y la modificación introducida por la Ley 791 de 2002 que es de cinco años contados a partir de que la obligación se ha hecho exigible”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2013, Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00632-01(0349-12).

27 “Igualmente, adelantará el cobro coactivo de acuerdo con lo previsto en la Ley 1066 de 2006”. Ley 1151 de 2007, artículo 156.

c. Recursos pagados a las Cajas de Compensación por empresas no afiliadas

La Resolución 537 de 2009, por el cual se unifica el Plan Único de Cuentas para el Sistema de Subsidio Familiar en Colombia”, define los conceptos de ingresos operacionales y no operacionales de las Cajas de Compensación. Así, por los primeros entiende:

“[L]os valores recibidos y/o causados como resultado de las actividades desarrolladas en cumplimiento de su objeto social mediante la entrega de bienes y servicios y de las actividades conexas y complementarias”.

Asimismo, la Resolución incluye dentro de los ingresos operacionales los aportes recibidos por las empresas afiliadas, al señalar que en la cuenta 4105 se:

“Registra el valor de los aportes recibidos de las empresas afiliadas, de independientes, pensionados para proveer el pago del subsidio familiar en dinero, especie y servicios de conformidad con normas legales vigentes”.

Frente a los ingresos no operacionales la mencionada Resolución los describe como:

“[L]os ingresos provenientes de transacciones diferentes a los del objeto social o giro normal de los negocios de la Corporación e incluye entre otros, los conceptos relacionados con operaciones de carácter financiero en moneda nacional o extranjera, arrendamientos, servicios, honorarios, utilidad en venta de propiedades, planta y equipo e inversiones, dividendos y participaciones, indemnizaciones, recuperaciones de deducciones e ingresos de ejercicios anteriores”²⁸.

Sin embargo, para el Consejo Técnico de la Contaduría Pública bajo la vigencia de las nuevas normas de información financiera adoptadas en virtud de lo dispuesto por la Ley 1314 de 2009 y los Decretos 2784 de 2012 (modificado por el Decreto 3024 de 2013) y 3022 de 2013, ya no es posible que las Cajas de Compensación Familiar califiquen como ingresos los aportes recibidos por concepto de subsidio familiar. Así ha señalado:

“Complementario con lo anterior, se hace preciso resaltar que según el literal a) del párrafo 4.25 del Marco Conceptual: “Ingresos son los incrementos en los beneficios económicos, producidos a lo largo del periodo contable, en forma de entradas o incrementos de valor de los activos, o bien como decrementos de los pasivos, quedan como resultado aumentos del patrimonio y no están relacionados con las aportaciones de los propietarios a este patrimonio”

De forma similar, se define el término pasivo en el literal b) del párrafo 4.4. del mismo Marco, en los siguientes términos: “Un pasivo es una obligación presente de la entidad, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la entidad espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos”.

Teniendo en consideración lo indicado en los párrafos predecesores, las Cajas de Compensación familiar, deberán registrar como ingreso tan solo aquellos rubros que aumentan su patri-

²⁸ Entre los ingresos no operacionales se encuentra el financiero (4210), el cual “Registra el valor de los ingresos obtenidos por concepto de rendimientos financieros y otros recibidos por actividades diferentes a las de su objeto social”.

monio, por ejemplo, “los gastos de administración y funcionamiento que corresponden al 8% del valor recaudado, de los aportes parafiscales”, así como la remuneración que reciben por concepto de administración de fondos (como el Fovis). Por su parte, los dineros que se reciben con cargo al fondo, que en esencia corresponden a los fondos y no a las Cajas de Compensación, deben registrarse como un pasivo. Esto es, solo es ingreso el monto cobrado por intermediación, el remanente cumple con la definición de pasivo.

En relación con los recursos recibidos (la contrapartida), se tendrán también dos tratamientos: Corresponderán a activos de las Cajas de Compensación, tanto el 8% como el monto adicional por concepto de administración de fondos. En relación con el valor correspondiente a los pasivos, corresponderán a activos que tienen pasivos correlacionados y para efectos de presentación, deberán ser reflejados en los estados financieros por el neto, de tal manera que refleje la realidad de la Caja de Compensación (NIC 32 Párrafo 42 y siguientes), revelando adicionalmente una nota a los estados financieros que el dinero recibido no puede ser utilizado para destinaciones diferentes de las asignadas (NIIF párrafo 13B)²⁹.

Igualmente, de forma más reciente indicó:

“Desde el punto de vista técnico una entidad no puede reconocer como ingresos los recursos recibidos de terceros, ya que ellos no generan un incremento patrimonial salvo que exista evidencia objetiva de que estos recursos fueron transferidos en compensación por los servicios prestados”³⁰.

Una de las preguntas elevadas por el Ministerio consultante se refiere al término que deben esperar las Cajas de Compensación Familiar para que los aportes realizados por empresas no afiliadas y que no han sido reclamados “se constituyan para la Corporación y sean registrados contablemente como un ingreso no operacional”³¹.

29 Consejo Técnico de la Contaduría Pública, Concepto 2013-236. Igualmente, en otra oportunidad el Consejo Técnico señaló: “Tal como se mencionó en el numeral anterior, La (sic) Cajas recaudan unos recursos que de acuerdo con la Ley tienen una destinación específica, solo por citar un ejemplo: los recursos recibidos por concepto de Subsidio Familiar, las Cajas los recaudan y tiene la obligación de entregarlos a sus beneficiarios en algún momento del tiempo, son dineros que no son de las Cajas, son de los trabajadores y por cuya gestión recibe una retribución (8% de los aportes), por lo que no encontramos sustento para afirmar que son ingresos de las Cajas y que por consiguiente deben registrarlos como tal y concomitantemente contabilizarlos como un egreso”. Consejo Técnico de la Contaduría Pública, Concepto 2015-449.

30 Consejo Técnico de la Contaduría Pública, Concepto 2015-619.

31 Frente a la inclusión de recursos pagados por personas no identificadas o no afiliadas a las Cajas de Compensación, la Contraloría General de la República indicó lo siguiente: “Igualmente, se evidenció que el registro contable de intereses moratorios del pago del aporte parafiscales, los rendimientos financieros de las cuentas donde se recauda dicho recurso, y los generados por las inversiones temporales, al igual que los saldos prescritos de los subsidios no cobrados y de los aportes no identificados o no afiliados a las Cajas, se registran en la cuenta 4210 Ingresos no operacionales, tratamiento que no se ajusta a la normatividad ya que la dinámica de la cuenta dice: “Registra el valor de los ingresos obtenidos por concepto de rendimientos financieros y otros recibidos por actividades diferentes a las de su objeto social”, y, estos conceptos se derivan directamente del cumplimiento de su objeto que es, la administración del recurso parafiscal. (...) En la respuesta a las observaciones remitidas por este ente de control, las CCF Comfenalco Cartagena, Comfenalco Tolima y Comfamiliar Antioquia, informan que han incorporado en la cuenta Ingresos No Operacionales los no identificados o no afiliados y prescritos desde la vigencia 2006 a 2014: en la suma de de \$2.989 millones, como se muestra en el siguiente cuadro; mientras que otras CCF manifiestan que también han incorporado estos recursos a Ingresos No Operacionales pero no reportaron los valores, así: (...) Como se pudo evidenciar por la CGR, las 43 CCF no implementan mecanismos efectivos para que estos recursos cumplan la función social otorgada en la ley y se incorporen al Sistema de Protección Social, teniendo en cuenta que estos son recursos parafiscales entregados, en administración. Aquellas CCF que están incorporando estos recursos como “Ingresos No Operacionales”, desconocen el principio de derecho según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. (...) Los recursos transferidos como Ingresos: No Operacionales caso de: los intereses de mora de aportes; rendimientos financieros del 4% e inversiones temporales; así como los recursos que han sido trasladados producto de los no afiliados y subsidios no cobrados, (Ver anexos) que son recursos propiamente parafiscales, se han constituido en remanentes de libre disposición del Consejo Directivo de las Cajas de Compensación Familiar, y en algunos casos han entrado a cubrir o disminuir los déficits que han presentado algunas CCF (...). Informe actuación especial de fiscalización para la evaluación al proceso de recaudo de los recursos parafiscales en la vigencia 2012 correspondientes al ICBF, SENA, ESAP, MEN y Cajas de Compensación Familiar, así como el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control y seguimiento a estos recursos, de mayo de 2014.

Ahora bien, respecto al interrogante planteado a la Sala, debe señalarse que las Cajas no pueden integrar los referidos aportes a su patrimonio particular o propio como un ingreso no operacional, pues estos no pertenecen a las Cajas, toda vez que ellas son simplemente las administradoras de los recursos. Así ha señalado esta Corporación:

“[M]al se podría siquiera presumir un aprovechamiento económico en beneficio de las Cajas de los bienes o el dinero que pertenecen a la Seguridad Social, por el simple hecho de que dichos activos, como lo afirman los mismos demandantes, no son propiedad privada de estas empresas, sino que constituyen el patrimonio social del sector trabajo y que dichas Cajas solamente lo administran”³².

Adicionalmente, los aportes que reciben las Cajas de Compensación Familiar constituyen recursos de naturaleza pública³³ que deben invertirse necesariamente en las finalidades dispuestas por la ley³⁴. Así, el artículo 1º de la Ley 789 de 2002 dispone que el sistema de protección social está dirigido a reducir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, en especial de aquellos que se encuentran más desprotegidos³⁵. En esta dirección, por expreso mandato legal los dineros administrados por las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de prestaciones y servicios de la seguridad social³⁶.

Por lo tanto, al no ser posible que las Cajas de Compensación incorporen para ellas dichos aportes como un ingreso no operacional, fuerza concluir que no existe término legal que permita esa actuación.

-
- 32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de julio de 2011, Radicación número: 110010327000200900007-00 (17541). Igualmente, la Corte Constitucional ha indicado: “Adicionalmente, se debe reparar en que la opción que ahora se prefiere corresponde a la prohijada en la jurisprudencia de esta Corporación que, de manera reiterada, ha señalado que los recursos parafiscales manejados por las Cajas de Compensación Familiar “no pertenecen a ellas sino que corresponden a un interés legítimo de los trabajadores”, de donde surge “la posición jurisprudencial que en aplicación del artículo 48 de la Constitución Política propugna por negar la posibilidad de gravar los recursos parafiscales de la seguridad social” que, a juicio de la Corte, “es plenamente aplicable para el caso de los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de octubre de 2012, C-890/12.
- 33 “En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00073-00(1763).
- 34 “Entonces, debe resaltarse que los recursos del sistema de seguridad social son recursos parafiscales que no pueden ser utilizados para propósitos diferentes al previsto en el sistema integral de seguridad social”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de agosto de 2003, C-655/03. “En el caso del subsidio familiar, de la manera como han sido regulados los recursos manejados por las Cajas de Compensación Familiar, la Corte ha concluido que se trata de recursos “provenientes de una exacción parafiscal”, lo cual significa que “la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de octubre de 2012, C-890/12. “Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial. Las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de octubre de 1997, C-508/97. “También el carácter parafiscal del subsidio familiar, es decir, de los recursos que administran las Cajas de Compensación familiar, ha sido analizado in extenso por esta Corporación en distintos pronunciamientos, en los que se ha insistido, además, que los mismos tienen una destinación especial de orden constitucional que impide utilizarlos por fuera de los fines reconocidos en la ley que los crea”. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de abril de 1997, C-183/97.
- 35 “El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo”.
- 36 “Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes”. Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.7.5.3.2. Igualmente, el artículo 2.2.7.5.3.7 del Decreto 1072 de 2015 al referirse al uso que debe darse a los aportes administrados por las Cajas de Compensación luego de que se hayan realizado las destinaciones señaladas por la ley y se haya cancelado la cuota monetaria del subsidio familiar, indica: “Los recursos que provengan de los aportes parafiscales administrados por las Cajas de Compensación Familiar y que queden como saldo luego de aplicar las destinaciones específicas de ley y el pago de la cuota monetaria del subsidio familiar, serán administrados por aquellas para la ejecución de obras o servicios sociales con destino a los trabajadores afiliados beneficiarios y no beneficiarios y a sus familias, de preferencia para atender las necesidades de los trabajadores afiliados beneficiarios y de conformidad con el límite máximo anual de inversiones”.

De otra parte es importante anotar que los aportes realizados por empresas no afiliadas, pueden ser reclamados por estas hasta cinco años después contados a partir de la fecha de su pago, de conformidad con los artículos 850 del Estatuto Tributario y 11 y 16 del Decreto 2277 de 2012, los cuales resultan aplicables por tratarse de recursos parafiscales cuya naturaleza es tributaria de acuerdo con lo indicado por la jurisprudencia. Así, la primera de las disposiciones señala:

“Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que estos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor”.

Por su parte, el señalado artículo 11 indica:

“Las solicitudes devolución y/o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario”.

Finalmente, el artículo 16 establece:

“Término para solicitar y efectuar la devolución por pagos de lo no debido. Habrá lugar a la devolución y/o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Dirección Seccional de Impuestos o de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del presente decreto”.

De esta suerte, aplicando las normas anteriores se desprende que los aportes indebidamente pagados se encuentran sujetos a un término de prescripción de 5 años, periodo de tiempo que una vez transcurrido, extingue la posibilidad de reclamar judicialmente la devolución correspondiente. De donde se sigue, que transcurrido el plazo indicado, los recursos reservados o apropiados para ser devueltos, deben destinarse a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si los recursos pagados estaban dirigidos a atender las prestaciones y servicios de la seguridad social en favor del sector de los trabajadores³⁷, lo

37 “Entonces, debe resaltarse que los recursos del sistema de seguridad social son recursos parafiscales que no pueden ser utilizados para propósitos diferentes al previsto en el sistema integral de seguridad social. (...) También el carácter parafiscal del subsidio familiar, es decir, de los recursos que administran las Cajas de Compensación familiar, ha sido analizado in extenso por esta Corporación en distintos pronunciamientos, en los que se ha insistido, además, que los mismos tienen una destinación especial de orden constitucional que impide utilizarlos por fuera de los fines reconocidos en la ley que los crea. (...) Los recursos que administran las cajas de compensación familiar no pertenecen a ellas sino que corresponden a un interés legítimo de los trabajadores (Cfr. Sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992. M. P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero), lo cual implica que es este último sector –el del trabajo– el sujeto pasivo de la contribución y, a la vez, el sector beneficiario del producto de la misma, en cuanto son los trabajadores

cual se infiere del hecho de que se hayan entregado a la Caja de Compensación en su calidad de administradora del subsidio familiar, es razonable concluir que estos deben mantener dicha finalidad y en consecuencia no pueden utilizarse con propósitos distintos³⁸ o para la atención de los requerimientos generales del Estado³⁹. En otras palabras, si estos dineros estaban destinados a beneficiar al sector de los trabajadores, deben ser estos los llamados a seguir disfrutando de dichos recursos luego de que haya prescrito la oportunidad de demandar su devolución vía judicial.

LA SALA RESPONDE:

1. ¿Respecto a los aportes parafiscales adeudados por las empresas y con destino a las Cajas de Compensación Familiar, se puede señalar la existencia de un término de prescripción para ejercer las acciones de cobro?

El término de prescripción de la acción de cobro de recursos parafiscales adelantado bajo un procedimiento judicial o bajo la figura de cobro coactivo, es el dispuesto por el artículo 817 del Estatuto Tributario, es decir 5 años, los cuales deben contarse según corresponda desde: i) la fecha de vencimiento del término en que el aportante debió declarar (autoliquidar) en el caso de declaraciones que sean presentadas oportunamente, ii) la fecha de presentación de la declaración (autoliquidación) cuando se ha hecho una presentación extemporánea, iii) la fecha de presentación de la declaración de corrección, y iv) la fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

2. Teniendo en cuenta que nuestra legislación no establece término alguno, y de ser afirmativa la respuesta anterior ¿Qué clase de prescripción se aplica para ejercer las acciones de cobro respecto de estos aportes?, el de tres años propios de la prescripción laboral por ser una prestación social o el de cinco años del estatuto tributario?

Tal como se señaló en la respuesta anterior, el término de prescripción de las acciones de cobro de los aportes será de 5 años en procesos judiciales tanto como en los de cobro coactivo, periodo de tiempo que resulta de la aplicación del artículo 817 del Estatuto Tributario.

3. ¿Qué término deben esperar las Cajas de Compensación Familiar para que los aportes de las empresas que no se encuentran afiliadas y no han hecho reclamación de estos recursos, se constituyan para la Corporación y sean registrados contablemente como un ingreso no operacional?

Las Cajas de Compensación Familiar no pueden integrar a su patrimonio particular o propio como un ingreso no operacional los aportes realizados por empresas no afiliadas y que

los favorecidos por el régimen de subsidios en salud, bien que los dineros correspondientes se administren directamente por las mismas cajas –como lo autoriza la norma, bajo la modalidad de cuentas independientes de las que corresponden al resto de sus rentas y bienes–, ya sea que se manejen dentro de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía creado por la Ley 100 de 1993”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de agosto de 2003, C-655/03.

38 “En efecto, no todos los recursos públicos pertenecen al Estado y, en el caso de los de origen parafiscal –que son públicos mas no ingresan al fisco– tampoco son de libre asignación o disposición por las autoridades. Por su naturaleza y funciones, tales rentas están afectadas a una finalidad, que es la que, según la ley correspondiente, les dio origen, y que justifica su recaudo”. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de abril de 1997, C-183/97.

39 “Esa pretensión de autonomía, se expresa, como se ha señalado, en el hecho de que los recursos parafiscales, no obstante su carácter de recursos públicos, no entran a formar parte del Presupuesto General de la Nación. Ello implica, por un lado, que se diferencian de los ingresos corrientes de la nación, en cuanto que están afectos a la finalidad prevista en la ley de su creación, y no pueden destinarse a la atención de los requerimientos generales del Estado, y por otro, que su manejo se realiza de manera autónoma, al margen, en general, de las disposiciones que gobiernan la administración de los recursos que sí hacen parte del presupuesto”. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de noviembre de 2004, C-1170/04.

no han sido reclamados, de los cuales las Cajas son meras administradoras, pues estos son recursos del sistema de subsidio familiar, de naturaleza pública, que deben invertirse necesariamente en las finalidades dispuestas por la ley.

Por lo tanto, fuerza concluir que no existe término legal que permita la apropiación de la naturaleza planteada en la pregunta.

Remítase al Ministerio de Trabajo 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.

VIII.

OTROS ASUNTOS

1. Alcance y contenido de la función consultiva. Improcedencia de pronunciamiento respecto de asuntos con proceso judicial en curso

Radicado 2098

Fecha: 03/05/2012

Consejero Ponente: *Enrique José Arboleda Perdomo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 11 de mayo de 2016

El señor Ministro del Interior consulta a esta Sala sobre algunas inquietudes relativas a la liquidación de un contrato que versó sobre los sistemas electrónicos para la seguridad de los establecimientos carcelarios, advirtiendo que “a la fecha la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación, en el marco de sus competencias, adelantan procesos para definir la eventual responsabilidad fiscal y penal, respectivamente, de los funcionarios que suscribieron el acta de liquidación...”.

I. Antecedentes

En síntesis, los antecedentes de la consulta narran el proceso adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia para contratar “el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo por dos años de los sistemas electrónicos de seguridad de diez establecimientos carcelarios a nivel nacional”.

Atendiendo la solicitud de la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio revocó la resolución de adjudicación inicialmente expedida, ante lo cual, el adjudicatario interpuso una acción de tutela que fue resuelta en su favor en primera instancia y en la impugnación, por lo cual el contrato se celebró y se adelantó su ejecución.

El expediente de la tutela fue seleccionado por la Corte Constitucional, que en la sentencia T-841-09, revocó las decisiones anteriores, declaró improcedente la acción de tutela y ordenó proceder a la liquidación del contrato en el estado en el que se encontraba.

El Ministerio del Interior y de Justicia liquidó el contrato reconociendo el pago de algunas actividades adelantadas por el contratista antes de la notificación de la decisión de la Corte Constitucional.

La Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación adelantan las investigaciones que han estimado pertinentes porque, según lo expresa la consulta, “las autoridades de control consideran que los bienes solo debían pagarse si se encontraban instalados y puestos en funcionamiento”.

A continuación, el Ministerio del Interior explica los criterios adoptados en la liquidación del contrato y formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“- La orden emitida por la Corte Constitucional de liquidar el contrato “en el estado en que se encuentre” ¿implicaba la modificación de las cláusulas contractuales relativas a la forma de pago del contrato?

“- ¿En el proceso de liquidación del contrato, el Ministerio estaba facultado para pagar la totalidad de las actividades ejecutadas por el contratista hasta la fecha de notificación de la sentencia de tutela?

“- Ante una terminación anormal del contrato, que no se derivó de incumplimientos de alguna de las partes ¿el Ministerio podía omitir el pago de bienes recibidos formalmente por parte de los supervisores del contrato, antes de la notificación de la sentencia de tutela? ¿La entidad podía omitir el pago de alguna de las obligaciones pactadas en el contrato, que ya se habían ejecutado?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

La Sala se declarará inhibida para resolver, porque la situación planteada por el Ministerio del Interior y las preguntas que concretan la consulta, actualmente son de conocimiento de los organismos de control y, por supuesto, serán objeto de decisión en los procesos fiscales y penales que se hallan en curso.

Esta es la posición de la Sala cuando los temas por los cuales se le pregunta deban ser decididos por otra autoridad, en procesos judiciales que se encuentren en curso. Con fundamento en los artículos 237 de la Constitución Política y 38, numeral 1, de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en uno de los últimos pronunciamientos¹ en el sentido indicado, se dejó dicho:

“... la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.

Sin embargo, debe advertirse que si bien la Sala de Consulta y Servicio Civil forma parte del Consejo de Estado (art.34 Ley 270/1996), su función consultiva es diferente y se encuentra separada de la jurisdiccional a cargo de las secciones contenciosas de la misma corporación². Por tanto, sin perjuicio de que al emitir sus conceptos, además de apoyarse en la Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico, la Sala tenga necesariamente como referentes la jurisprudencia vigente sobre la materia de que se trate, es claro que no le corresponde dar explicaciones o hacer juicios de valor sobre las sentencias proferidas por las salas contenciosas del Consejo de Estado o, en general, por otras autoridades judiciales.

Así, se ha señalado de manera reiterada que sin perjuicio de que los asuntos sobre los cuales se emite un concepto posteriormente puedan ser objeto de debate judicial, la función consultiva no puede pronunciarse sobre controversias que se encuentran pendientes de ser resueltas

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P.: William Zambrano Cetina, 16 de febrero de 2011, Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00003-00(2047).

² La Constitución Política señala: “Artículo 236: (...) El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la Ley”. Concordante con los artículos 98 del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01/1984), y 112 de la Ley 1437 de 2011, según los cuales los miembros de la Sala de Consulta “no tomarán parte del ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.

judicialmente por haberse iniciado un proceso para su definición, en particular dentro de la propia jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al respecto, la Sala ha entendido que “no es procedente pronunciarse en asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas, a aquellos que estén sometidos a una decisión jurisdiccional, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada”.³ Por ello, ha señalado que cuando “el objeto de la consulta está siendo debatido actualmente a través de un proceso judicial que no ha finalizado”, la Sala “no puede pronunciarse sobre el particular, para no interferir en la decisión que corresponde tomar a la autoridad judicial competente de acuerdo con la Constitución y la ley”⁴.

En síntesis, la función consultiva no puede activarse allí donde el objeto de la consulta no corresponde a un “asunto administrativo” que la Administración deba resolver o que, en cualquier caso, concierna a lo que sustancialmente se debe decidir en un proceso judicial en curso, el cual exige observar los márgenes de autonomía propios de la autoridad judicial competente. ...”

Estima la Sala que las argumentaciones transcritas son aplicables al asunto ahora consultado por el señor Ministro del Interior.

Con base en lo anterior, la Sala se declara inhibida para resolver la presente consulta.

Envíese al Ministerio del Interior 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 Huerfano, Secretaria de la Sala.

3 Cfr. Concepto del 19 de mayo de 2005. Rad. n.º 1645, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Concepto del 15 de febrero de 2006. Rad. n.º 1714, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Auto del 11 de marzo de 2010, Consulta 1991, M. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

4 Concepto del 10 de julio de 2010, rad. 2006, M. P. William Zambrano Cetina.

2. Ley 30 de 1986. Destrucción de remanentes

Radicado 2255

Fecha: 19/11/2015

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 20 de junio de 2016

El Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala acerca de la vigencia del artículo 82 de la Ley 30 de 1986.

I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. Actualmente se realizan en el país 140.000 incautaciones de drogas. En cada incautación se toman muestras para que sean enviadas a los laboratorios forenses para que se realice un análisis químico confirmatorio. Allí estas muestras se acumulan por años en los almacenes de evidencia. El resto de la droga incautada es destruida.

2. La Ley 30 de 1986 –Estatuto Nacional de Estupefacientes– reguló en su artículo 82 lo referente a la destrucción de remanentes de pruebas periciales, materia que fue también fue normada por los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004.

3. Mientras que el artículo 262 de la Ley 906 de 2004 señala que para destruir los remanentes analizados es necesaria la decisión de la autoridad judicial correspondiente, el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 exige para la destrucción la autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes.

4. Frente a las normas mencionadas, es posible realizar varias interpretaciones. Así, una primera aproximación es considerar que los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004 regulan un asunto diferente al señalado en el artículo 82 de la Ley 30 de 1986, pues mientras que esta se refiere a la destrucción de remanentes de las pruebas periciales, el artículo 87 regula lo referente a la destrucción de los bienes que constituyen el objeto material del delito.

5. Igualmente, teniendo en cuenta que el artículo 262 de la Ley 906 de 2004 exige una decisión judicial para proceder a la destrucción y el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 establece la necesidad de contar con la autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, estas normas deben interpretarse en el entendido de que la destrucción de los remanentes de estupefacientes requiere: i) la existencia de una decisión judicial y ii) la autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes. Así, el artículo 262 de la Ley 906 de 2004 no es contrario al artículo 82 de la Ley 30 de 1986.

6. De otra parte, una segunda interpretación sería aquella que considera que el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 fue derogado tácitamente por los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004,

pues regulan el mismo supuesto fáctico, como lo es la destrucción de bienes que constituyen el objeto material del delito (remanentes de pruebas periciales de sustancias de cocaína, heroína, cannabis y otros insumos, adulterantes y no controlados).

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho formula las siguientes PREGUNTAS:

1. *¿El artículo 82 de la Ley 30 de 1986 y los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004 regulan el mismo supuesto de hecho?*

2. *¿Se aplican los requisitos señalados en el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 y en los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004 conjuntamente a la destrucción de remanentes provenientes de pruebas periciales de estupefacientes?*

3. *¿Debe entenderse que la autorización judicial puede operar en cualquier momento y solo hace referencia a los remanentes del elemento material analizado guardados en el almacén y que la intervención del Consejo Nacional de Estupefacientes solo opera cuando exista un pronunciamiento de fondo, sentencia de primera instancia, sobreseimiento definitivo, segundo sobreseimiento temporal o cesación de procedimiento?*

4. *¿El artículo 82 de la Ley 30 de 1986 fue derogado tácitamente por los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004?*

5. *El Consejo Nacional de Estupefacientes es o no competente para autorizar la destrucción de los remanentes provenientes de las pruebas periciales que se adelanten para la detección sobre sustancias de cocaína, heroína, cannabis y otros insumos, adulterantes y no controlados?*

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

a. La derogatoria de las normas

La derogatoria de una ley tiene ocurrencia cuando se produce la pérdida de su vigencia como consecuencia de la expedición de una nueva norma¹, de tal suerte que se produce la exclusión de la disposición derogada del ordenamiento jurídico². Esta figura encuentra justificación en la necesidad de que las normas vigentes puedan ser posteriormente modifica-

1 "La Corte ha señalado que la derogación es "es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior" y, que por ende, su función consiste en expulsar del ordenamiento jurídico una determinada disposición por una norma de igual o superior jerarquía de la disposición derogada. En este sentido, la derogación no se relaciona con la pérdida de validez de una norma, por efecto de su declaración de inconstitucionalidad, por ejemplo, sino de la libertad política del legislador que por cuestiones de oportunidad y conveniencia, decide derogarla". Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, C-1019/12. Véase igualmente: "Al respecto conviene señalar que la derogatoria es aquel efecto de una ley, determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior, la cual puede ser expresa o tácita". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de octubre de 2006, C-823/06. "Según la doctrina reiterada y pacífica de este tribunal, "la derogación es la revocación total o parcial de un precepto por disposición del legislador". La derogación implica el cese de la vigencia de una norma jurídica como efecto de una norma posterior que se dicta en ejercicio de la libertad de configuración del legislador, y que no responde a un criterio de validez. El legislador puede decidir derogar una norma, que es un acto propio de su voluntad política, en ejercicio del principio democrático, conforme a criterios de conveniencia político-social". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2012, C-811/14. Desde el punto de vista de la doctrina se ha indicado: "Derogación es la cesación de la existencia de la ley toda o de una parte de ella por mandato expreso o tácito de otra posterior". Antonio Vodanovic, Manual de Derecho Civil, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2001, p. 124. "Derogar es privar de eficacia a una norma válida por medio de otra norma posterior". Federico Arnau Moya, Lecciones de Derecho Civil I. Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2008/2009, p. 40.

2 "Por medio de la derogación se cancela la vigencia de normas legales, produciéndose de esta forma la cesación de sus efectos y, por ende, su exclusión del ordenamiento positivo. Se trata entonces de la cristalización negativa de la facultad legislativa, ya que de la misma manera que el Congreso expide normas, puede suprimirlas, disponiendo su eliminación del sistema, sustituir las o modificarlas, siguiendo el principio según el cual las cosas se deshacen como se hacen". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2007, C-952/07.

das o eliminadas con el propósito de ajustar el ordenamiento a nuevas realidades. En esta dirección, el numeral 1^o del artículo 150 de la Constitución otorgó al legislador la potestad de derogar las leyes⁴.

Tradicionalmente se han identificado dos formas de derogatoria: la expresa y la tácita. Ocurre la primera cuando a través de una nueva norma se suprime explícita y formalmente una norma anterior. Por su parte, la derogatoria tácita se presenta cuando una norma posterior, sin señalar expresamente que se deroga una determinada regla, es incompatible o contraria a una anterior, lo cual supone un ejercicio de interpretación para determinar cuál es la ley que rige la materia, y si se ha presentado una derogatoria total o parcial⁵.

Asimismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, acudiendo a lo señalado por la doctrina, ha identificado los siguientes criterios para establecer cuando se está en presencia de una situación de derogatoria tácita:

“Interesante resulta tomar en cuenta los siguientes tres parámetros que la doctrina suministra para determinar la incompatibilidad entre la ley nueva y la anterior, los cuales, por lo demás, deben ser concurrentes: a) igualdad de materia en ambas leyes, b) identidad de los destinatarios de sus mandatos y c) contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos”⁶.

Adicionalmente, una tercera forma de derogatoria aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, algunas veces como una forma de derogatoria tácita, y en otras, como una categoría independiente, es la denominada derogatoria orgánica, la cual toma lugar cuando una nueva ley regula integralmente una materia reglada por otra norma, aunque no haya incompatibilidad entre ellas⁷.

3 “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes”. “Sea lo primero decir que dentro del margen de configuración normativa del Congreso de la República se encuentra no solo la posibilidad de expedir nuevas leyes, sino, también la de interpretar, reformar o derogar las existentes (art. 150-1). Como ha dicho la Corte, “mediante la expedición de una ley ordinaria, no se puede garantizar que en el futuro el Congreso de la República se abstenga de ejercer sus competencias constitucionales para interpretar, reformar o modificar textos normativos de idéntica jerarquía, y mucho menos, cualesquiera superior a ella”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00046-00(1908).

4 “La competencia del Congreso para derogar las normas encuentra fundamento constitucional en los artículos 150.1 (cláusula general de competencia legislativa), al igual que en los artículos 1^o (principio democrático) y 3^o (soberanía popular), disposiciones que tienen su fundamento en que “el legislador actual no puede atar al legislador del mañana, pues esto anularía el principio democrático, ya que unas mayorías ocasionales, en un momento histórico, podrían subordinar a las mayorías del futuro. La derogación de las leyes encuentra, entonces, sustento en el principio democrático, en virtud del cual las mayorías pueden modificar y contradecir las regulaciones legales precedentes, con el fin de adaptarlas a las nuevas realidades históricas, con base en el juicio político de conveniencia que estas nuevas mayorías efectúen. En materia legislativa, debe entenderse que la última voluntad de los representantes del pueblo, manifestada por los procedimientos señalados en la Carta, prevalece sobre las voluntades democráticas encarnadas en las leyes previas. Tal es el fundamento constitucional del principio ‘lex posterior derogat anteriori’”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de noviembre de 2011, C-901/11. “En la generalidad la derogatoria es entendida como la revocación de una ley anterior por una nueva o posterior. Desde el punto de vista teleológico la derogatoria presupone una finalidad de mejorar la regulación existente, para adaptarla a las nuevas condiciones humanas o a situaciones de conveniencia dentro del esquema del Estado Social de Derecho”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 21 de mayo de 2009, Radicación número: 25000-23-31-000-2008-00007-01.

5 “En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador. Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial”. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de febrero de 2004, C-159/04. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de noviembre de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00080-00(1928).

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 21 de mayo de 2009, Radicación número: 25000-23-31-000-2008-00007-01.

7 “En este orden de ideas, en cuanto al procedimiento de pérdida de vigencia, el ordenamiento positivo distingue entre la derogatoria expresa y la derogatoria tácita. La primera se produce cuando explícitamente una nueva disposición suprime formalmente a una anterior; mientras que, la segunda, supone la existencia de una norma posterior que contiene disposiciones incompatibles con aquella que le sirve de precedente. A estas categorías se suma la denominada derogatoria orgánica, en algunas ocasiones identificada como una expresión de derogatoria tácita, la cual tiene ocurrencia en aquellos casos en que es promulgada una regulación integral sobre una materia a la que se refiere una disposición, aunque no haya incompatibilidad entre sus mandatos”. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de septiembre de 2014, C-668/14. “La derogación expresa ocurre cuando la nueva ley dice

Desde el punto de vista legal, la figura de la derogatoria se encuentra reconocida en los artículos 71 y 72 del Código Civil. Así, la primera de estas disposiciones indica:

“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

Por su parte, el artículo 72 se refirió al alcance de la derogatoria tácita señalando:

“La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

De igual forma, el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 se refirió al fenómeno de la derogatoria al establecer:

“Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

Además de la clasificación anterior, y con fundamento en la ley⁸ y la jurisprudencia nacional, la derogatoria puede ser parcial o total⁹.

b. El caso concreto

Para resolver las preguntas elevadas en la consulta, es necesario revisar las siguientes normas:

explícitamente que deroga la antigua, de tal suerte que no es necesaria ninguna interpretación”, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador. (...) La derogación tácita ocurre cuando la nueva ley regula un determinado hecho o fenómeno de manera diferente a la ley anterior, sin señalar expresamente qué disposiciones quedan sin efectos, lo que implica que solo pierden vigencia aquellas que sean incompatibles con la nueva regulación. En este evento es “necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial”. (...) La derogación orgánica ocurre cuando la nueva ley” regula íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2014, C-811/14.

8 Código Civil, artículo 71.

9 “La derogatoria es total, cuando la nueva ley suprime por completo la anterior y parcial, en el caso de que la segunda ley suprima uno o más preceptos de la antigua, quedando subsistente el resto de ella”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de junio de 2007. Radicación número: 25000-23-31-000-2008-00007-01. “De acuerdo con su extensión, la derogación puede ser total o parcial (C. Civil, art. 52 inciso final): la primera hace cesar la vigencia de la ley antigua en todas sus partes; la derogación parcial, solo en algunas de sus partes, como ser un artículo, o varios, un inciso, una frase, una palabra. Las normas derogadas pueden o no ser reemplazadas por otras”. Vodanovic, ob cit.

LEY 30 DE 1986 – ARTÍCULO 82	LEY 906 DE 2004 – ARTÍCULO 262	LEY 906 DE 2004 – ARTÍCULO 87
<p>“Las muestras que se tomen para la peritación por las autoridades mencionadas en el artículo anterior, no podrán exceder de tres (3) gramos por bolsa o recipiente unitario; excepcionalmente y previo concepto pericial razonado, podrán tomarse muestras mayores. Los sobrantes de estas muestras, una vez hecha la peritación, se enviarán a la oficina central del Instituto de Medicina Legal, de acuerdo con la reglamentación que al efecto expida el Ministerio de Justicia.</p> <p>En todo caso, estos sobrantes permanecerán a disposición del Juzgado del conocimiento hasta cuando se dicte sentencia de primera instancia, sobreseimiento definitivo, segundo sobreseimiento temporal o cesación del procedimiento, después de lo cual la sustancia podrá ser utilizada para fines lícitos o destruida, según lo disponga el Consejo Nacional de Estupefacientes, al cual deberá darse aviso oportuno. El respectivo Agente del Ministerio Público velará por el estricto cumplimiento de esta disposición, cuyo quebrantamiento será causal de mala conducta.</p> <p>Parágrafo. Los sobrantes de las muestras serán destruidas si transcurridos tres (3) años desde la práctica de las peritaciones respectivas, no se hubiere dictado ninguna de las providencias de que trata este artículo”.</p>	<p>“Remanentes. Los remanentes del elemento material analizado, serán guardados en el almacén que en el laboratorio está destinado para ese fin. Al almacenarlo será previamente identificado de tal forma que, en cualquier otro momento, pueda ser recuperado para nuevas investigaciones o análisis o para su destrucción, cuando así lo disponga la autoridad judicial competente.</p> <p>Cuando se tratare de otra clase de elementos como moneda, documentos manuscritos, mecanografiados o de cualquier otra clase; o partes donde constan números seriales y otras semejantes, elaborado el informe pericial, continuarán bajo custodia”.</p>	<p>“Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de este código para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público.</p> <p>En procedimientos donde se encuentren laboratorios rústicos para el procesamiento de sustancias alucinógenas o cultivos ilícitos de hoja de coca o amapola, los funcionarios de policía judicial, antes de su destrucción, tomarán muestras y grabarán en videocinta o fotografiarán los laboratorios y los elementos y sustancias que sean objeto o producto del delito. Las fotografías o vídeos sustituirán el elemento físico y serán utilizados en su lugar durante el juicio oral o en cualquier otro momento del procedimiento. Las fotografías, filmaciones y muestras serán embaladas, rotuladas y se someterán a la cadena de custodia”. Inciso adicionado por el artículo 6º de la Ley 1142 de 2007.</p>

Respecto a estas disposiciones, se pregunta a la Sala si los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004 derogaron lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley 30 de 1986.

Así, encuentra la Sala que el artículo 87 de la Ley 906 de 2004 regula un supuesto de hecho¹⁰ diferente a lo dispuesto por la disposición de la Ley 30 de 1986, pues mientras la primera re-

¹⁰ Por supuesto de hecho, la doctrina ha entendido: “los hechos o situaciones-tipo previstos por la norma jurídica, a los cuales, cuando se realizan, ella misma conecta efectos jurídicos, como la formación de un acto de este carácter, o la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo”. Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H., Tratado de Derecho Civil. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 317. Véase igualmente: “Esos hechos o situaciones-tipo reciben el nombre de supuestos de hecho. Aclaremos el punto con un ejemplo. El recibir una suma de dinero en préstamo (supuesto de hecho) origina el deber de restituirla (consecuencia jurídica). El hecho de cumplir 18 años (supuesto de hecho)

gula la destrucción de bienes que constituyen el objeto material del delito, la segunda define las reglas para la destrucción de los sobrantes o remanentes de muestras tomadas a bienes relacionados con delitos de estupefacientes. De esta suerte puede advertirse que la norma posterior no derogó la anterior.

Sin embargo, si se confrontan los artículos 82 de la Ley 30 de 1986 y 262 de la Ley 906 de 2004, sí es posible concluir que la primera disposición fue derogada orgánicamente por la segunda. Lo anterior, con fundamento en las siguientes razones:

i) Ambas normas regulan un mismo supuesto de hecho, como lo es la destrucción de los remanentes o sobrantes que resultan de una muestra que se toma para la realización de un peritaje¹¹. En efecto, el artículo 262 de la Ley 906 de 2004 regla el tratamiento que debe darse a los remanentes de elementos materiales probatorios¹² que han sido analizados. Por su parte, el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 se refiere también al tratamiento de remanentes, aunque de una clase particular; como son, los sobrantes que resultan de muestras tomadas a plantaciones de marihuana, cocaína, adormidera y demás plantas de las cuales pueda producirse droga que produzca dependencia, así como también, de sustancias tales como marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga adictiva.

Igualmente, ambas disposiciones regulan los mismos aspectos: a) ordenan la conservación de los remanentes hasta cierto momento, b) determinan qué hacer con ellos, y c) identifican la autoridad competente para decidir sobre su destinación. En otras palabras, el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal reguló íntegramente la materia objeto del artículo 82 de la Ley 30 de 1986.

ii) El artículo 262 se encuentra incorporado en el Código de Procedimiento Penal, normativa que constituye el estatuto por el cual se regula de manera sistemática, metódica, coordinada e integral o plena el procedimiento penal¹³. De esta suerte, a través del referido artículo, el legis-

trae consigo la capacidad de ejercicio, o sea, la aptitud de una persona para poder obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra (tal capacidad es la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de cumplir los 18 años de edad). Ahora bien, cuando el supuesto se realiza, un cambio se produce en el mundo de los fenómenos jurídicos: al estado de cosas preexistentes se sustituye, según la valuación hecha por el ordenamiento jurídico, un estado diverso, una situación jurídica nueva. Esta situación puede consistir o en una relación jurídica o en la calidad de persona (capacidad, incapacidad, calidad de cónyuge, etc.) o de cosas (inmuebles por destinación, inalienabilidad de un bien, etc.)” Ibidem, p. 296. “El supuesto de hecho se define como la abstracción de la realidad regulada, y lo integran los elementos que conforman la conducta o estado de cosas que se regula”. Carla Huerta Ochoa, Conflictos Normativos. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003, p. 21.

11 Por remanente, el manual de procedimientos para cadena de custodia elaborado por la Fiscalía General de la Nación lo entiende como: “el material que queda de una muestra luego de haberse realizado un estudio y que puede ser utilizado para un nuevo estudio o para reanálisis. Este material debe mantenerse almacenado en las condiciones de preservación adecuadas”. p. 145.

12 “Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

- a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;
- b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;
- c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;
- d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;
- e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;
- f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;
- g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;
- h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

PARÁGRAFO. También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código”. Ley 906 de 2004, artículo 275.

13 “La jurisprudencia constitucional ha señalado que por ‘código’ debe entenderse “la unidad sistemática en torno a una rama específica del derecho, de modo pleno, integral y total”, o todo cuerpo normativo único, coherente y exhaustivo revestido de fuerza obligatoria “que regula de forma

lador estableció una regla concreta para la disposición de remanentes de elementos materiales probatorios, como lo son, también, los referidos en el artículo 82 de la ley 30 de 1986.

iii) Entender que los remanentes regulados por el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 hacen parte del ámbito de aplicación del artículo 262 de la Ley 906 de 2004, es además razonable si se hace una interpretación sistemática con el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal, pues esta última norma se refirió expresamente a muestras tomadas en procedimientos que involucran laboratorios rústicos para el procesamiento de sustancias alucinógenas o cultivos ilícitos de hoja de coca o amapola, en los cuales se hallan elementos y sustancias que sean objeto o producto del delito. De esta suerte, este artículo refleja que lo buscado por el legislador fue regular de manera unificada dentro del Código de Procedimiento Penal los asuntos relativos a las muestras de elementos y sustancias que sean materia del delito, sin importar la clase de ellas, con miras a su utilización dentro de la investigación que se adelante y posterior destrucción por orden de la autoridad judicial competente.

iv) Finalmente, la aplicación del mencionado artículo 82 no se ajusta adecuadamente al Procedimiento Penal colombiano vigente, pues la norma se refiere a figuras no reguladas actualmente por el derecho procesal penal como son el sobreseimiento definitivo, segundo sobreseimiento temporal o cesación del procedimiento, las cuales, si bien, a la luz de la Ley 30 de 1986 eran necesarias para decidir sobre la disposición de los remanentes, hoy día no podrían utilizarse para resolver sobre dicho asunto por haber desaparecido del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, con fundamento en las razones anteriormente expuestas, es posible afirmar que el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 fue derogado por el artículo 262 de la Ley 906 de 2004.

En virtud de lo anterior, la destrucción de remanentes de muestras tomadas a sustancias relacionadas con estupefacientes se encuentra sometida a los requisitos señalados en el artículo 262 de la Ley 906 de 2004, y no a los establecidos en el artículo 82 de la Ley 30 de 1986. Por lo tanto, es la autoridad judicial competente, y no el Consejo Nacional de Estupefacientes, quien tiene la facultad para decidir sobre dicha destrucción.

Ahora bien, con el propósito de dar respuesta a una de las preguntas elevadas en la consulta, es necesario determinar si la mencionada eliminación puede ordenarse por la autoridad judicial competente en cualquier momento, tal como lo dispone expresamente el artículo 262 de la Ley 906 de 2004.

A juicio de la Sala, la expresión “en cualquier otro momento” no puede interpretarse de forma literal, sino que debe hacerse de forma sistemática con la Constitución Política, pues la regulación de los procesos judiciales debe respetar entre otros derechos, los de contradicción, defensa e igualdad de las partes que acceden a la administración de justicia. Así, ha señalado la Corte Constitucional:

metódica sistemática y coordinada las instituciones constitutivas de una rama del derecho”. Tal y como lo sintetiza la sentencia C-340 de 2006, “8. Se puede afirmar en consecuencia, que en el concepto de código, confluyen varios elementos a saber: (i) la existencia de un cuerpo normativo único con fuerza obligatoria; (ii) que se refiera a una rama específica del derecho; (iii) que involucre una pretensión de regulación sistemática, de integralidad, y plenitud; y (iv) que exista la manifestación expresa del legislador de erigir dicho cuerpo jurídico en código”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, C-745/12.

“Por su parte, la regulación de los procedimientos judiciales por el legislador tiene un amplio componente de discrecionalidad, no obstante lo cual debe respetar las reglas mínimas del debido proceso previstas en el artículo 29 superior, además de los valores y principios que emanan de la misma Constitución Política; (...)

En esta medida, no existe discusión en cuanto a que la regulación de los procesos judiciales debe respetar, entre otros, los derechos de contradicción, defensa e igualdad de las partes, como garantías inherentes a todas las personas que concurren a la administración de justicia en búsqueda de una decisión que ponga fin a un determinado asunto o controversia. Por tanto, a pesar de la amplia libertad del legislador para la regulación de los procedimientos judiciales, las normas que se expidan en esta materia serán contrarias a la Constitución si, entre otros aspectos, establecen un trato discriminatorio o desigual para las partes o limitan la posibilidad de que estas ejerzan su derecho de contradicción y defensa”¹⁴.

De esta suerte, una interpretación respetuosa del orden constitucional frente a la oportunidad que tiene la autoridad judicial para decidir acerca de la disposición del remanente del elemento material probatorio, es aquella que entiende que la destrucción de este es posible únicamente cuando no se afecten los derechos al debido proceso y a la defensa, así como tampoco el ejercicio de las funciones de investigación y acusación a cargo de la Fiscalía.

En el caso colombiano, el artículo 29 de la Constitución Política establece el derecho fundamental al debido proceso¹⁵, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se encuentra integrado por: *“el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia”¹⁶.*

Dentro de las prerrogativas que se desprenden del derecho al debido proceso, se encuentra el derecho a la defensa¹⁷, el cual busca proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad y abuso de las autoridades, así como también evitar la ocurrencia de condenas injustas. De allí que constituya un instrumento fundamental para la materialización de la justicia como valor esencial del ordenamiento jurídico¹⁸.

14 Corte Constitucional. Sentencia del 20 de septiembre de 2006, C-790/06.

15 “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

16 Corte Constitucional. Sentencia del 20 de noviembre de 2013, C-838/13.

17 “La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de definir el derecho a la defensa y, lo ha hecho en los siguientes términos:“(…) Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”. Corte Constitucional. Sentencia del 31 de octubre de 2013, C-758/13.

18 “Esta Corporación ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”. Acorde con ello, ha reconocido

El derecho a la defensa, el cual tiene especial relevancia dentro del marco de la actuación o el proceso penal¹⁹, implica, entre otras, la facultad de: i) controvertir, contradecir y objetar las pruebas y ii) solicitar la práctica y evaluación de las que se consideren favorables²⁰.

Por su parte, la jurisprudencia se ha referido al derecho de defensa dentro del marco de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

“Respecto al derecho de defensa en el ámbito penal, la ley 906 de 2004 consagra que este implica como mínimo las garantías a: (i) ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; (ii) a ser socorrido por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; (iii) a conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; (iv) a solicitar, conocer y controvertir las pruebas y, (v) a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas, en el cual pueda interrogar a los testigos y a obtener la comparecencia de peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate”²¹.

Es importante señalar que al ser el derecho a la defensa una garantía general y universal, su ejercicio es posible desde el momento en que la persona tiene conocimiento de que cursa una actuación penal en su contra y solamente termina cuando finalizan las labores de investigación y juzgamiento²².

De esta suerte, dentro del marco constitucional y jurisprudencial señalado, permitir la destrucción del remanente en cualquier momento, sin tener en cuenta ninguna otra consideración, atentaría contra el derecho a la defensa del indagado, investigado o acusado, pues por ejemplo, ante la eliminación no sería posible que este, estando en la oportunidad procesal permitida, practicara un nuevo peritaje sobre el remanente, con el propósito de sustentar sus argumentos o desvirtuar los de la Fiscalía, lo cual podría ser de su interés, especialmente si existe controversia sobre el peritaje realizado inicialmente²³.

igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de mayo de 2012, C-315/12.

- 19 “Al respecto, cabe dar cuenta de que si bien el derecho a la defensa debe ser garantizado por el Estado en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, este se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal”. Corte Constitucional. Sentencia del 20 de agosto de 2014, C-594/14.
- 20 “Ahora bien, esta Corporación ha explicado que el derecho al debido proceso se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales, o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia. Es así que ha señalado como una de sus principales garantías, el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”, es decir, la garantía que se otorga de acudir al proceso y poder defender sus intereses”. Corte Constitucional. Sentencia del 20 de noviembre de 2013, C-838/13.
- 21 Corte Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2014, T-409/14.
- 22 “Sobre el alcance del derecho de defensa incluso antes de adquirir la categoría de imputado, la Corte en sentencia C-799 de 2005 determinó que su ejercicio surge desde cuando se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra, y solo culmina cuando finalicen las labores investigativas y de juzgamiento. En este orden de ideas, en dicha ocasión se explicó lo siguiente: (...) Como consecuencia de lo expuesto para esta Sala es indispensable que el derecho de defensa pueda ser ejercido no solo desde que se adquiere la condición de imputado, sino antes de ello. En este sentido, quien conoce de una actuación penal en su contra está facultado para ejercer dicha garantía durante la etapa de indagación y concretamente, puede solicitarle al juez que se le permita asistir a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias adelantadas”. Ibidem.
- 23 Frente a este asunto, deben tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 267 y 268 de la Ley 906 de 2004: “Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales”. Ley 906 de 2004, artículo 267. “El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente,

Igualmente, desde el punto de vista de la Fiscalía, la destrucción del remanente en cualquier momento, podría afectar gravemente el adecuado ejercicio de sus funciones, toda vez que esta puede requerir o necesitar durante la actuación o el proceso penal, la práctica de un nuevo peritaje sobre el remanente, lo cual, si este ya fue destruido, no sería posible realizar.

En consecuencia, bajo una postura respetuosa del orden constitucional, la eliminación del remanente por la autoridad judicial competente es posible cuando este haya cumplido o finalizado su función o utilidad dentro de la actuación o el proceso penal correspondiente, tal como se presentaría, por ejemplo, cuando ya ha vencido la oportunidad probatoria o no existe discusión o controversia en relación al peritaje realizado a la muestra que dio lugar al remanente.

Finalmente, aunque la destrucción de los remanentes por parte de la autoridad judicial aplica en principio para el caso de aquellos que han sido “guardados en el almacén que en el laboratorio está destinado para ese fin”, esto no excluye la posibilidad de que dicha autorización judicial también se requiera para remanentes que hagan parte de una actuación penal y no se encuentren en dicho lugar, pero sea necesaria su conservación para la adecuada investigación y defensa. De esta forma, al exigirse la decisión de una autoridad judicial, se protege el derecho a la defensa y el adecuado desarrollo de la investigación.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

LA SALA RESPONDE:

1. ¿El artículo 82 de la Ley 30 de 1986 y los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004 regulan el mismo supuesto de hecho?

El artículo 87 de la Ley 906 de 2004 regula una situación diferente a la señalada por el artículo 82 de la Ley 30 de 1986, pues mientras la primera se refiere a la destrucción de bienes

recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo”. Ibidem, artículo 268. “Las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito”. Ibidem, artículo 413. “Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública”. Ibidem, artículo 378. Igualmente, la jurisprudencia ha señalado: “De conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este aparte respecto de la igualdad de armas, la Sala considera que la interpretación de la expresión acusada como una obligación vulnera desde el punto de vista constitucional el principio de “igualdad de armas” fundamental dentro del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria, instituido a través del Acto Legislativo n.º 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual se debe garantizar a la defensa, integrada por el imputado y su apoderado, la participación activa en la conformación del material probatorio del proceso, así como su examen y valoración en las mismas condiciones que lo hace el ente acusador.

Esta conclusión de la Corte, cuenta no solo con un fundamento constitucional sino que adicionalmente la misma Ley 906 del 2004, en otra disposición como el artículo 204, para el caso de la indagación e investigación, le reconocen de manera expresa tanto a la defensa como a la Fiscalía la facultad para acceder a los medios técnicos y científicos con que cuenta el Estado en procura de la valoración y peritazgo del material probatorio recaudado durante la investigación, pero también les reconoce la posibilidad de acudir a laboratorios privados nacionales o extranjeros o a los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, así como a los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial. Asimismo, el artículo 413 de la Ley 906 del 2004 le reconoce a las partes, tanto al imputado o su defensor como a la Fiscalía, durante la etapa de juicio, la facultad para presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público.

De conformidad con lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión “los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses” en el entendido de que el imputado o su defensor también podrán trasladar los elementos materiales probatorios y evidencia física a cualquier otro laboratorio público o privado, nacional o extranjero, para su respectivo examen”. Corte Constitucional Sentencia del 28 de mayo de 2008, C-536/08. “En conclusión, dado que el ejercicio del derecho de defensa no tiene un límite temporal, puesto que se inicia desde la etapa preprocesal, a partir del momento en que el investigado tiene conocimiento de que la Fiscalía inició una investigación por la presunta participación en un hecho punible, el ejercicio de los derechos del indiciado, previstos en la Constitución, la ley y las normas internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y particularmente del derecho de defensa, no depende de la posibilidad de que la persona pueda solicitar la celebración de su propia audiencia de imputación, por el contrario, tales derechos surgen desde el momento mismo en que se tiene conocimiento, por cualquier medio, de que cursa una investigación en su contra”. Corte Constitucional Sentencia del 2 de marzo de 2011, C-127/11.

que constituyen el objeto material del delito, la segunda define las reglas para la destrucción de los sobrantes o remanentes de muestras tomadas a bienes relacionados con delitos de estupefacientes.

Sin embargo, en lo que respecta a los artículos 82 de la Ley 30 de 1986 y 262 de la Ley 906 de 2004, sí es posible concluir que se trata de disposiciones que regulan el mismo supuesto de hecho.

2. ¿Se aplican los requisitos señalados en el artículo 82 de la Ley 30 de 1986 y en los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004 conjuntamente a la destrucción de remanentes provenientes de pruebas periciales de estupefacientes?

La destrucción de remanentes provenientes de pruebas periciales de estupefacientes se encuentra sometida a los requisitos señalados en el artículo 262 de la Ley 906 de 2004, y no a los establecidos en el artículo 82 de la Ley 30 de 1986. En consecuencia, para su eliminación no se requiere la aplicación conjunta de las referidas normas.

3. ¿Debe entenderse que la autorización judicial puede operar en cualquier momento y solo hace referencia a los remanentes del elemento material analizado guardados en el almacén y que la intervención del Consejo Nacional de Estupefacientes solo opera cuando exista un pronunciamiento de fondo, sentencia de primera instancia, sobreseimiento definitivo, segundo sobreseimiento temporal o cesación de procedimiento?

La expresión “en cualquier otro momento”, contenida en el artículo 262 de la Ley 906 de 2004, no puede interpretarse de forma literal, sino que debe hacerse de forma respetuosa y sistemática con la Constitución Política. De esta suerte, una interpretación acorde con el orden constitucional frente a la oportunidad que tiene la autoridad judicial para decidir acerca de la disposición del remanente del elemento material probatorio, es aquella que entiende que la destrucción de este es posible únicamente cuando no se afecten los derechos al debido proceso y a la defensa, así como tampoco el ejercicio de las funciones de investigación y acusación a cargo de la Fiscalía.

Por lo tanto, la eliminación del remanente por la autoridad judicial competente es válida cuando este haya cumplido o finalizado su función o utilidad dentro de la actuación o el proceso penal, tal como se presentaría, por ejemplo, cuando ya ha vencido la oportunidad probatoria o no existe discusión o controversia en relación al peritaje realizado a la muestra que dio lugar al remanente.

De otra parte, aunque la destrucción de los remanentes por parte de la autoridad judicial aplica en principio para el caso de aquellos que han sido “guardados en el almacén que en el laboratorio está destinado para ese fin”, esto no excluye la posibilidad de que dicha autorización judicial también se requiera para remanentes que hagan parte de una actuación penal y no se encuentren en dicho lugar, pero sea necesaria su conservación para la adecuada investigación y defensa. De esta forma, al exigirse la decisión de una autoridad judicial, se protege el derecho a la defensa y el adecuado desarrollo de la investigación.

Finalmente, como se desprende de la respuesta a la pregunta número 2, no es necesaria la autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes para destruir los sobrantes o remanentes de muestras tomadas a bienes relacionados con delitos de estupefacientes, pues esta facultad es del resorte de la autoridad judicial competente.

4. ¿El artículo 82 de la Ley 30 de 1986 fue derogado tácitamente por los artículos 87 y 262 de la Ley 906 de 2004?

El artículo 82 de la Ley 30 de 1986 fue derogado orgánicamente por el artículo 262 de la Ley 906 de 2004.

5. El Consejo Nacional de Estupefacientes es o no competente para autorizar la destrucción de los remanentes provenientes de las pruebas periciales que se adelanten para la detección sobre sustancias de cocaína, heroína, cannabis y otros insumos, adulterantes y no controlados?

El Consejo Nacional de Estupefacientes no es el competente para autorizar dicha destrucción, habida cuenta que esta facultad quedó radicada en cabeza de la autoridad judicial competente de conformidad con el artículo 262 de la Ley 906 de 2004.

Remítase al Ministerio de Justicia y del Derecho 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.

3. Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Naturaleza jurídica, funciones y calidad de sus integrantes. Viáticos y gastos de viaje

Radicado 2079

Fecha: 28/06/2012

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 29 de junio de 2016

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo formula a la Sala una consulta acerca de la naturaleza jurídica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública y el régimen a que están sometidos sus integrantes.

I. Antecedentes

En la consulta se refiere la secuencia normativa del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, la cual se resume en la siguiente forma:

1. La Ley 43 de 1990, “*Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones*”, estableció en el artículo 14 dos órganos para la profesión de contador público: la Junta Central de Contadores y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública.

En cuanto a este último el artículo 29 de la ley 43 lo definió como “*un organismo permanente, encargado de la orientación técnica-científica de la profesión y de la investigación de los principios de contabilidad y normas de auditoría de aceptación general en el país*”, y entre sus funciones destacó la de “*Servir de órgano asesor y consultor del Estado y de los particulares en todos los aspectos técnicos relacionados con el desarrollo y el ejercicio de la profesión*” (artículo 33, numeral 3).

2. El artículo 71 de la ley 1151 de 2007, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, adscribió el Consejo Técnico de la Contaduría Pública al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

3. La Ley 1314 de 2009, “*Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento*”, confirió al Consejo Técnico de la Contaduría Pública el carácter de organismo de normalización técnica de normas contables, de información financiera y de aseguramiento de la información, y le asignó la función de presentar a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, propuestas de normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información (artículo 6º), de conformidad con los criterios y procedimientos establecidos en el artículo 8º.

4. El artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 estableció que el Gobierno debía modificar la conformación, estructura y funcionamiento del Consejo Técnico de la Contaduría Pública para garantizar el cumplimiento adecuado de sus funciones, y dispuso que las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, reglas para manejo de conflictos de interés y demás normas consagradas en la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), y las que la modifiquen, son aplicables, entre otros, a los integrantes del mencionado Consejo. El artículo 17 de la Ley 1314 de 2009 derogó *“todas las normas que le sean contrarias”*.

5. El decreto 691 de 2010, modificatorio de la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, ratificó la definición del Consejo como “organismo permanente de normalización técnica contable”, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (artículo 1º), así como la sujeción de sus miembros a las inhabilidades e incompatibilidades de la ley 734 de 2002 (artículo 8º).

El artículo 3º del decreto 691 dispone que el Consejo está conformado por cuatro (4) miembros: tres (3) designados por el Presidente de la República, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, respectivamente, y el cuarto escogido por el Presidente de la República de ternas presentadas por las asociaciones de contadores y las facultades de contaduría, de acuerdo con el procedimiento fijado en el artículo 4º.

6. La Ley 489 de 1998, Estatuto de Organización de la Administración Pública, incluye a los consejos superiores de la administración dentro de los organismos integrantes del Sector Central de la Rama Ejecutiva del Poder Público, además de los cuales existen, por creación legal, organismos consultivos o coordinadores, en algunos casos con participación del sector privado (artículo 38 numeral 1 literal c y parágrafo 2).

El artículo 39, a su vez, establece que la Administración Pública está integrada por los organismos de la Rama Ejecutiva y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente, desempeñan actividades y funciones administrativas o prestan servicios públicos. Por consiguiente, los miembros de las comisiones, comités o consejos referidos en la Ley 489 de 1998, responden por sus actuaciones en los términos señalados para los servidores públicos (artículo 116).

A partir de estas consideraciones jurídicas el Ministro formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿El carácter de organismo permanente de normalización técnica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública en materia de normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información, encargado de presentar propuestas normativas en estas materias a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo para su expedición hace que su naturaleza jurídica sea la de los Consejos Superiores de la Administración? y si no es así ¿Cuál es su naturaleza jurídica?”

2. Los consejeros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública ¿son servidores públicos? o ¿Qué calidad tienen dichos consejeros si se tiene en cuenta que es un organismo permanente de normalización técnica?”

3. *¿Qué vínculo y efectos tiene para los consejeros respecto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, el origen de su designación establecido en el artículo 3º del Decreto 691 de 2010?*

4. *¿Las funciones a cargo de los consejeros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública conllevan exclusividad o pueden ejercer la profesión de manera independiente, considerando las inhabilidades e incompatibilidades y el régimen de conflictos de interés que les son aplicables de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009?*

5. *¿Las funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública establecidas en el artículo 33 de la Ley 43 de 1990 fueron derogadas con la expedición de la Ley 1314? o ¿Estas son complementarias del artículo 8º de la Ley 1314?*

6. *¿Con el objeto de que los Consejeros puedan cumplir su función de elaboración de normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información, teniendo en cuenta para el efecto los estándares internacionales de aceptación mundial emitidos por organismos internacionales y considerando que este organismo debe participar en los procesos de elaboración de normas internacionales en esta materia (Numeral 10 del artículo 8º de la Ley 1314 de 2009), cuál sería el régimen aplicable para el reconocimiento de los viáticos y gastos de viaje para el efecto?*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

A. Naturaleza jurídica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública

Se pregunta inicialmente si el Consejo Técnico de la Contaduría Pública pertenece jurídicamente a la categoría de los Consejos Superiores de la Administración y, en caso de no ser así, cuál es su naturaleza jurídica. Sobre este particular se tiene que la Ley 43 de 1990, en el artículo 14, incluyó al Consejo Técnico de la Contaduría Pública como uno de los órganos de la profesión de contador público, y en el artículo 29, referente a su naturaleza, lo definió como *“un organismo permanente, encargado de la orientación técnica-científica de la profesión y de la investigación de los principios de contabilidad y normas de auditoría de aceptación general en el país”*.

Posteriormente la Ley 1314 de 2009, *“Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento”*, confirió al Consejo Técnico de la Contaduría Pública el carácter de *“organismo de normalización técnica de normas contables, de información financiera y de aseguramiento de la información”* (artículo 6º).

Luego, el artículo 1º del decreto 691 de 2010, *“Por el cual se modifica la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública y se dictan otras disposiciones”*,¹ definió la naturaleza jurídica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública en los siguientes términos:

¹ El decreto 691 de 2010 invoca como facultades para su expedición las conferidas por el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución y el artículo 54 de la ley 489 de 1998, “en concordancia con la Ley 1314 de 2009”, en referencia al artículo 11 de esta ley, según el cual el Gobierno nacional debía modificar la conformación, estructura y funcionamiento del Consejo Técnico de la Contaduría Pública para garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones.

“Artículo 1º. De la naturaleza jurídica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública. El Consejo Técnico de la Contaduría Pública es un organismo permanente de normalización técnica de normas contables, de información financiera y de aseguramiento de la información, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo”.

Las definiciones antes relacionadas no permiten localizar el Consejo en ninguna de las naturalezas jurídicas tipificadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998. En efecto, no es un Consejo Superior de la Administración², por cuanto la ley no lo calificó como tal sino que, antes bien, le dio el carácter de órgano “consultivo o asesor”. Tampoco es un consejo profesional, dado que no tiene a su cargo la expedición de las tarjetas requeridas para el ejercicio de la profesión, ni lleva el registro de los profesionales, ni ha sido creado para ejercer la inspección y vigilancia de la profesión de contador público³. Finalmente tampoco corresponde a un “organismo consultivo para una parte de la administración”, categoría prevista en el párrafo 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, porque, como más adelante se constatará, ninguno de sus miembros ostenta la representación de alguna entidad específica del sector privado⁴.

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública es un organismo sui generis de naturaleza pública y del orden nacional, que de manera permanente tiene a su cargo el ejercicio de funciones administrativas⁵, sin personería jurídica, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. De todo lo cual se sigue, claro está, que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público e integra la Administración Pública, de acuerdo con la noción que de esta trae el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, que dice así:

“Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano...”.

B. Calidad de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública

La segunda pregunta de la consulta se refiere a si los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública son servidores públicos, teniendo en cuenta que este es un organismo administrativo permanente, y la tercera indaga sobre los efectos que, para efectos de su vínculo con el Estado, tiene la forma de designación establecida en el artículo 3º del decreto 691 de 2010. El artículo 3º del decreto 691 de 2010 define la integración del Consejo y la forma de designación de sus miembros en los siguientes términos:

- 2 De acuerdo con el artículo 38-1-C de la Ley 489 de 1998, los Consejos Superiores de la Administración son organismos integrantes del Sector Central de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional creados, organizados o autorizados por la ley.
- 3 Estas funciones corresponden a la Junta Central de Contadores, unidad administrativa especial con personería jurídica, creada por el decreto legislativo 2373 de 1956, y adscrita actualmente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (artículo 9º de la Ley 1314 de 2009, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 43 de 1990).
- 4 “Párrafo 2. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la Administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales, y, si fuere el caso, del sector privado, los que la Ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos”.
- 5 El carácter permanente del Consejo Técnico de la Contaduría Pública fue establecido inicialmente por el artículo 29 de la Ley 43 de 1990 y ratificado por el artículo 1º del Decreto 691 de 2010.

“Artículo 3º. Designación de los miembros. El Presidente de la República, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público designarán, cada uno, un (1) miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Uno (1) de ellos podrá no tener la calidad de contador público.

El miembro designado por el Presidente de la República, de conformidad con lo señalado en el inciso anterior, presidirá el Consejo Técnico de la Contaduría Pública.

Parágrafo: De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009, la designación del cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, quien deberá ser contador público, se hará por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades legalmente constituidas tales como: Asociaciones de Contadores Públicos, facultades de Contaduría, Colegios de Contadores Públicos y Federaciones de Contadores, conformadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo siguiente del presente decreto”.

De acuerdo con esta disposición, tres miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública son designados por el Presidente de la República, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Uno de dichos integrantes *“podrá no tener la calidad de contador público”*, lo cual significa que al menos dos de estos tres deberán ser contadores públicos. El cuarto miembro del Consejo es designado por el Presidente de la República a partir de ternas de candidatos que le envían *“diferentes entidades legalmente constituidas tales como”* las asociaciones de contadores públicos, facultades de contaduría, colegios de contadores públicos y federaciones de contadores. Esta persona, que debe ser contador público, no representa específicamente a ninguna entidad del sector privado. El Presidente de la República, por tanto, tiene la libertad de designar, de entre esa pluralidad de candidatos, a quien le parezca, haciendo completa abstracción de las diferentes entidades que le envíen ternas. Ninguna de ellas queda entonces representada en el Consejo. Los candidatos que cada entidad propuso no reciben de esta ningún mandato en tal sentido, y el escogido se convierte en miembro del Consejo para asumir una función pública que en nada le compromete con la entidad que lo postuló.

De lo expuesto se colige que el artículo 3º del decreto 691 de 2010 se limita a establecer unas reglas de procedimiento y unas calidades que deben ser tenidas en cuenta para integrar el Consejo, pero de dichas normas no se deriva un efecto jurídico específico en cuanto al régimen laboral aplicable a quienes así son designados, como sugiere la pregunta formulada en relación con este aspecto.

La cuestión que interesa dilucidar es, por consiguiente, si las personas que son designadas para integrar el Consejo Técnico de la Contaduría Pública siguen siendo particulares y no adquieren la calidad de empleados públicos por el hecho de su designación. O si por el contrario, al entrar a ejercer funciones públicas remuneradas, y de manera permanente, como predicen los artículos 29 de la Ley 43 de 1990 y 1º el decreto 691 de 2010, quedan incorporados al servicio de la administración en calidad de servidores públicos.

Cierto es que la ley no les confiere a quienes provienen del sector privado, expresa y formalmente, el carácter de empleados públicos. En efecto, del análisis de la Ley 1314 de 2009 y del decreto 691 de 2010 se desprende que dichas normas no los catalogan como empleados

públicos. Sus cargos tampoco han sido creados, con el carácter de empleos públicos, en la planta de personal de los servidores del Consejo Técnico. Desde el punto de vista estrictamente jurídico formal, por consiguiente, no se puede sostener que sean empleados públicos.

Sin embargo, quienes se incorporen al Consejo Técnico de la Contaduría Pública llegan a ejercer en este organismo funciones públicas de manera permanente a cambio de una remuneración que, con el nombre de honorarios, se les reconoce mensualmente. Aun cuando reciben honorarios, que es una modalidad de remuneración propia de un contratista, no se han vinculado a la administración mediante un contrato individual de trabajo, sino en virtud de nombramiento, mediante un acto administrativo y la posesión en el cargo. Es decir, su vínculo con la administración pública se define en los términos de una relación legal y reglamentaria, que es característica de los empleados públicos y diferente de las otras modalidades de servidores públicos⁶ y, obviamente, de los particulares que desempeñan funciones públicas.

Adicionalmente cobra relevancia el hecho de que el ejercicio de funciones públicas por parte de los miembros del referido Consejo Técnico sea permanente, pues esta circunstancia también tiende a asimilarles, por el aspecto material, a la condición de empleados públicos.

En este sentido el decreto ley 2400 de 1968, relativo a la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del poder público, al definir el empleo en el artículo 2º, modificado por el artículo 1º del decreto ley 3074 de 1968, señala como criterio distintivo del empleo público “*el ejercicio de funciones de carácter permanente*” en los siguientes términos:

“Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes. Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

De igual manera, el artículo 1º del Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, establece como criterio determinante de la noción de “*empleo*” la satisfacción de “*necesidades permanentes de la administración pública*” a cargo de una persona natural. Dice la norma así:

“Artículo 6º. Se entiende por empleo el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignados por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, y que deben ser atendidas por una persona natural”.

⁶ La Corte Constitucional, en sentencia C-338 de 4 de mayo de 2011, señaló lo siguiente: “Con fundamento en las disposiciones que se acaban de citar (se refiere a los artículos 123 y 125 de la Constitución), la Corte ha concluido que la noción de servidor público es genérica y que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes, a diferencia de los empleados públicos, no se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino en virtud de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que el legislador ‘pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos’ (Cita la Corte su sentencia C-736 de 2007)”.

En síntesis, desde el punto de vista jurídico formal, quienes viniendo del sector privado entran a formar parte del Consejo no adquieren por ese solo hecho la condición de empleados públicos. Sus cargos no aparecen en la planta de personal respectiva con esa categoría, ni existe calificación legal expresa en tal sentido. Sin embargo, desde el punto de vista material, se reúnen todas las condiciones del empleo público: vinculación en virtud de un acto administrativo de nombramiento y la posesión en el cargo, ejercicio de funciones públicas, con dedicación permanente y remuneración mensual.

Por las razones expuestas, y atendiendo al mandato del artículo 2º del decreto ley 2400 de 1968, inciso segundo, modificado por el artículo 1º del decreto ley 3074 de 1968, conforme al cual *“Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes”*, la Sala considera aconsejable reestructurar el Consejo Técnico de la Contaduría Pública con el objeto de atribuir a sus integrantes la categoría de empleados públicos.

C. Sujeción al régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, conflictos de interés y demás normas de la Ley 734 de 2002

La cuarta pregunta de la consulta busca determinar si los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública están sujetos a un régimen de exclusividad o si pueden ejercer la profesión de manera independiente, considerando que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009, están sujetos al régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, reglas para manejo de conflictos de interés *“y demás normas”* establecidas en la ley 734 de 2002 y las que la adicionen o modifiquen. Dice así la citada disposición:

“Artículo 11. Ajustes institucionales. (...) Desde la entrada en vigencia de la presente ley, a los funcionarios y asesores de las entidades a que hace referencia el artículo 6º, así como a los integrantes, empleados y contratistas de la Junta Central de Contadores y del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, se les aplicarán en su totalidad las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, reglas para manejo de conflictos de interés y demás normas consagradas en la Ley 734 de 2002 o demás normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan. (...)”

El artículo 8º del decreto 691 de 2010 ratifica esta disposición.

Las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y reglas sobre conflictos de interés de la ley 734 de 2002, que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 se aplican a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, están reguladas en el Capítulo Cuarto del Título IV, artículos 36 a 41 de dicha ley.

En la medida en que se considere que los integrantes de dicho Consejo no son servidores públicos ni en especial empleados públicos, no se les podrían aplicar las demás disposiciones de la ley 734, que son específicas para los servidores públicos, tales como los derechos, los deberes y las prohibiciones. Se les aplican, en cambio, las normas del régimen disciplinario para los particulares establecidas en los artículos 52 a 57, por el hecho de ejercer funciones públicas. Es a estas últimas normas a las que se debe entender que alude, por su sentido lógico, la expresión *“y demás normas consagradas en la Ley 734 de 2002”* que trae el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009.

En este punto se aprecia que, dentro del régimen disciplinario especial de la ley 734 de 2002 para los particulares que ejercen funciones públicas, no se encuentra la prohibición de ejercer de manera independiente su profesión. En consecuencia, los particulares que sean miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública estarían habilitados para el ejercicio de su profesión de manera independiente, en razón de no existir norma expresa que se los prohíba. Cabe agregar que los miembros del Consejo Técnico que ejerzan su profesión deberán tener especial cuidado en no incurrir en la situación de conflicto de intereses regulada en el artículo 40 de la Ley 734, el cual establece:

“Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

Como se advierte, el conflicto de intereses se refiere a que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública deberán declararse impedidos para actuar en todo asunto en el cual tuvieran, ellos o alguno de sus familiares en los grados que menciona la ley, un interés particular y directo en los asuntos de su competencia que deban ser objeto de alguna gestión, recomendación o decisión del Consejo.

D. La Ley 1314 de 2009 no derogó las funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública establecidas en el artículo 33 de la Ley 43 de 1990

La quinta pregunta de la consulta se refiere a si las funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, enumeradas en el artículo 33 de la Ley 43 de 1990, fueron derogadas por la Ley 1314 de 2009 o si son complementarias de las establecidas en el artículo 8° de esta. Primeramente conviene indicar que el artículo 29 de la Ley 43 de 1990 señala:

“Artículo 29. De la naturaleza. El Consejo Técnico de la Contaduría Pública es un organismo permanente, encargado de la orientación técnico-científica de la profesión y de la investigación de los principios de contabilidad y normas de auditoría de aceptación general en el país”.

Luego el artículo 33 de la misma Ley 43 de 1990 menciona las siguientes funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública:

“Artículo 33. De las funciones. Son funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública:

- 1. Adelantar investigaciones técnico-científicas, sobre temas relacionados con los principios de contabilidad y su aplicación, y las normas y procedimientos de auditoría.*
- 2. Estudiar los trabajos técnicos que le sean presentados con el objeto de decidir sobre su divulgación y presentación en eventos nacionales e internacionales de la profesión.*

3. *Servir de órgano asesor y consultor del Estado y de los particulares en todos los aspectos técnicos relacionados con el desarrollo y el ejercicio de la profesión.*

4. *Pronunciarse sobre la legislación relativa a la aplicación de los principios de contabilidad y el ejercicio de la profesión⁷.*

5. *Designar sus propios empleados.*

6. *Darse su propio reglamento.*

7. *Los demás que le atribuyan las leyes.*

Ahora bien, la Ley 1314 de 2009 dispone en el artículo 6° que los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo expedirán principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información, con fundamento en las propuestas que le presente el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, al cual califica de “*organismo de normalización técnica de normas contables, de información financiera y de aseguramiento de la información*”, y en el artículo 8° fija los criterios y procedimientos que debe aplicar el mencionado Consejo Técnico para elaborar y presentar sus propuestas a los Ministerios.

El artículo 17 de la Ley 1314 de 2009 dispone que esta ley deroga todas las normas que le sean contrarias. En relación con este punto se observa que las funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública mencionadas en el artículo 33 de la Ley 43 de 1990 no resultan contrarias a las indicadas en el artículo 8° de la Ley 1314 de 2009, por cuanto no pugnan ni se excluyen entre sí, de manera que resultan complementarias.

No se advierte, por tanto, que haya una derogación expresa de las funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública del artículo 33 de la Ley 43 de 1990, pues la Ley 1314 de 2009 no lo declara así. Tampoco se presenta una derogación tácita, por cuanto las funciones del artículo 8° de esta última ley no resultan contradictorias ni incompatibles con las primeras. Tampoco se presenta la derogación orgánica, ya que la última norma no contiene una regulación integral respecto de las funciones del citado Consejo. En estas circunstancias, las funciones indicadas en las dos normas coexisten y se complementan.

Adicionalmente, el decreto 3567 del 26 de septiembre de 2011, “*Por el cual se dictan disposiciones en materia de organización y funcionamiento del Consejo Técnico de la Contaduría Pública*”, en el artículo 1° enumera una serie de funciones de acuerdo con los artículos 6, 7, 8, 12, 13 y 16 de la Ley 1314 de 2009, pero incluye la expresión “*entre otras*”, con lo cual deja abierta la posibilidad de que haya otras funciones del Consejo distintas de las ahí mencionadas, como son en efecto las del artículo 33 de la Ley 43 de 1990.

⁷ La Corte Constitucional mediante sentencia C-530 de 2000 declaró exequibles los numerales 2 y 4 del artículo 33 de la Ley 43 de 1990.

E. Reconocimiento de honorarios a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Inexistencia del derecho a viáticos y gastos de viaje

La última pregunta tiende a determinar cuál sería el régimen para el reconocimiento de viáticos y gastos de viaje de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, circunstancia que bien puede presentarse dado que ellos deben participar en los procesos de elaboración de normas internacionales de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de información, de conformidad con el numeral 10 del artículo 8° de la Ley 1314 de 2009.

Al respecto se observa que el artículo 7° del decreto 691 de 2010 previó solamente el reconocimiento de honorarios a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, mas no el pago de viáticos y gastos de viaje. Tales honorarios son fijados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y se pagan con cargo a los recursos del Consejo Técnico que administra y ejecuta el mismo Ministerio. El Ministerio fijó, mediante el artículo 1° de la Resolución n.° 1465 del 2 de junio de 2010, vigente en la actualidad, el valor de los honorarios mensuales de cada uno de los miembros del Consejo Técnico, y en el párrafo segundo del mismo artículo dispuso:

“Párrafo segundo. Funciones. Los honorarios a que se refiere este artículo comprenden todas las actividades necesarias para cumplir con las funciones que le impone al Consejo Técnico de la Contaduría Pública la Ley 1314 de 2009 y las normas que la reglamenten”.

Los honorarios tienen una finalidad remunerativa de las funciones que ejercen los integrantes del Consejo, como lo señala el párrafo segundo del citado artículo. Pero los viáticos tienen otra finalidad: la de sufragar los gastos de transporte, alojamiento y alimentación que ocasiona el desplazamiento a otro lugar para el desempeño de sus funciones.

En lo relacionado con el reconocimiento de viáticos y gastos de viaje se aprecia que el decreto 691 de 2010 no hizo previsión especial, siendo del caso señalar que a los miembros del Consejo Técnico no se les puede aplicar el régimen establecido en los artículos 61 a 72 del decreto ley 1042 de 1978 para el otorgamiento de viáticos y gastos de transporte, por ser este específico para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva.

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿El carácter de organismo permanente de normalización técnica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública en materia de normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información, encargado de presentar propuestas normativas en estas materias a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo para su expedición hace que su naturaleza jurídica sea la de los Consejos Superiores de la Administración? y si no es así ¿Cuál es su naturaleza jurídica?”

El Consejo Técnico de la Contaduría Pública es un organismo de naturaleza *sui generis* o atípico de carácter permanente, perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, sin personería jurídica y adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

“2. Los consejeros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública ¿son servidores públicos? o ¿Qué calidad tienen dichos consejeros si se tiene en cuenta que es un organismo permanente de normalización técnica?”

Desde el punto de vista formal los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son servidores públicos. Sin embargo, desde el punto de vista material, presentan las características de un empleado público y por ello la Sala recomienda reestructurar el Consejo y modificar su planta de personal para establecer que sus integrantes tengan la calidad de empleados públicos.

“3. ¿Qué vínculo y efectos tiene para los consejeros respecto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, el origen de su designación establecido en el artículo 3º del Decreto 691 de 2010?”

El artículo 3º del decreto 691 de 2010 se limita a establecer reglas de procedimiento para designar los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, sin que de dichas reglas se deriven efectos en cuanto al régimen laboral aplicable. Reitera la Sala que es necesario introducir las normas que dejen en claro la condición de empleados públicos de sus integrantes, y de esa manera lograr la congruencia normativa con los elementos de la realidad de la relación laboral indicativos de que existe empleo público en estos casos.

“4. ¿Las funciones a cargo de los consejeros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública conllevan exclusividad o pueden ejercer la profesión de manera independiente, considerando las inhabilidades e incompatibilidades y el régimen de conflictos de interés que les son aplicables de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009?”

De los elementos de realidad laboral expuestos en este concepto se desprende que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública deben ser empleados públicos. Mientras no se reestructure el Consejo y sus miembros se incorporen a la planta de personal como empleados públicos, estos pueden ejercer su profesión de manera independiente, siempre y cuando no infrinjan el régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de interés, y el régimen especial de los particulares que desempeñan funciones públicas, contenidos en la ley 734 de 2002.

“5. ¿Las funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública establecidas en el artículo 33 de la Ley 43 de 1990 fueron derogadas con la expedición de la Ley 1314? o ¿Estas son complementarias del artículo 8º de la Ley 1314?”

Las funciones del Consejo Técnico de la Contaduría Pública señaladas en el artículo 33 de la Ley 43 de 1990 no fueron derogadas por la Ley 1314 de 2009 y antes bien, son complementarias de las establecidas en el artículo 8º de esta última.

“6. ¿Con el objeto de que los Consejeros puedan cumplir su función de elaboración de normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información, teniendo en cuenta para el efecto los estándares internacionales de aceptación mundial emitidos por organismos internacionales y considerando que este organismo debe participar en los procesos de elaboración de normas internacionales en esta materia (Numeral 10 del artículo 8º de la Ley

1314 de 2009), cuál sería el régimen aplicable para el reconocimiento de los viáticos y gastos de viaje para el efecto?”

El decreto 691 de 2010 no prevé ni autoriza el reconocimiento de viáticos y gastos de viaje a quienes no tengan el carácter de empleados públicos.

Remítase al señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

4. Retiro y exclusión de la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz

Radicado 2288

Fecha: 08/06/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 7 de septiembre de 2016

El Ministro de Justicia y del Derecho consulta sobre varios asuntos relacionados con los postulados a los procesos penales especiales de justicia y paz.

I. Antecedentes

Explica el Ministro:

“1. La Ley 975 de 2005 estableció en el artículo 10 la posibilidad de que los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión a la pertenencia a esos grupos, accedan a los beneficios establecidos en dicha norma, para esto deben encontrarse en el listado que el Gobierno nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y cumpla los demás requisitos señalados en la mencionada norma.

2. El inciso 4° del artículo 3° del Decreto 4760 de 2005, reglamentó la Ley 975 de 2005. Con base en esta disposición el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, tenía la competencia para remitir formalmente a la Fiscalía General de la Nación, la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz previa inclusión de sus nombres en la lista recibida de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz para los casos de desmovilizados colectivamente, o por el Ministerio de Defensa para los casos de los desmovilizados individualmente.

3. Las anteriores competencias se mantienen hoy a cargo del Ministerio de Justicia y del Derecho, el Alto Comisionado para la Paz y el Ministerio de Defensa, respectivamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 3011 de 2013. Lo anterior, sin perjuicio del límite temporal establecido en el artículo 37 de la Ley 1592 de 2012 que prevé:

*“Artículo 37. Postulación de desmovilizados al procedimiento penal especial. Quienes se hayan desmovilizado de manera individual o colectiva con anterioridad a la vigencia de la presente ley y pretendan acceder a los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005, deberán solicitar su postulación con **anterioridad al 31 de diciembre de 2012. Vencido este plazo el Gobierno nacional tendrá dos (2) años para decidir sobre su postulación.***

Quienes se desmovilicen de manera individual con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley tendrán un (1) año contado a partir de su desmovilización para solicitar su postulación al proceso del que trata la Ley 975 de 2005, y el Gobierno tendrá un (1) año a partir de la solicitud para decidir sobre su postulación”.

4. De acuerdo con el inciso 3 del artículo 3° del Decreto 4760 de 2005, la manifestación expresa de la voluntad del desmovilizado de acogerse al proceso penal especial de justicia y paz ante el Gobierno nacional, es el requisito esencial para que una persona pueda ser incluida en la lista de postulados que es remitida formalmente a la Fiscalía General de la Nación por parte del entonces Ministerio del Interior y de Justicia. Con la escisión de dicho ministerio, esta facultad fue asignada al Ministerio de Justicia y del Derecho. La conformación y formalización de la lista de postulados está precedida por la verificación de requisitos de postulación por parte de las entidades del Gobierno nacional que participan en la construcción y formalización de la misma, entre ellos, en primer lugar la verificación de la manifestación expresa de la voluntad del desmovilizado de acogerse al proceso penal especial de justicia y paz.

5. La Ley 975 de 2005 y la Ley 1592 de 2012 no incluyen expresamente disposición normativa alguna que faculte al Gobierno nacional para retirar a una persona de la lista de postulados, cuando se compruebe de forma posterior a su inclusión en la lista el incumplimiento de uno de los requisitos de postulación que corresponde verificar al ejecutivo.

6. La Oficina del Alto Comisionado para la Paz remitió al Ministerio del Interior y de Justicia la relación de desmovilizados que solicitaron acogimiento a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

7. Mediante Oficio OFI07-106447/AUV 12300 el Alto Comisionado para la Paz informó al entonces Ministerio del Interior y de Justicia que efectuada la depuración de la lista señalada en el numeral anterior, esa entidad determinó que algunos de los desmovilizados habían solicitado únicamente el acogimiento a los beneficios consagrados en la Ley 782 de 2002 y no los de la Ley 975 de 2005. Por lo que remitió lista de personas que se encontraban en tal situación al Ministerio del Interior y de Justicia.

8. En razón a lo anterior el Ministerio del Interior y de Justicia mediante OF107-22904-GJP-0301 informó a la Fiscalía General de la Nación del retiro de algunos desmovilizados de la lista de postulados a la Ley 975 de 2005.

9. De los oficios relacionados en los numerales 7 y 8 no se evidencia en el archivo de esta entidad algún documento en el que conste la vinculación o notificación a los desmovilizados por parte de alguna de las entidades intervinientes, vale decir, Alto Comisionado para la Paz, Ministerio del Interior y de Justicia o Fiscalía General de la Nación.

10. El retiro de la lista de postulados a los beneficios de la Ley 975 de 2005, no estuvo precedida del consentimiento previo, expreso y escrito de los desmovilizados.

11. Desconociendo la existencia de los oficios por medio de los cuales se retiró la postulación a una sería de personas, algunas de estas ratificaron expresamente su voluntad de participar en el proceso penal especial de justicia y paz ante la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2898 de 2006, modificado por el Decreto 4417 de 2006.

12. Estas personas participaron activamente en el procedimiento penal especial de justicia y paz, renunciando a su garantía constitucional de no autoincriminación, rindiendo versión libre en múltiples audiencias, confesando su participación en delitos graves en el marco de su perte-

nencia al grupo armado organizado al margen de la ley, dando cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los mismos.

13. El Gobierno nacional profirió el Decreto 1364 de 2008 por medio del cual se adicionó el parágrafo 4 al artículo 3° del Decreto 4760 de 2005, que facultaba al Ministerio del Interior y de Justicia para retirar la postulación que hubiera remitido a la Fiscalía General de la Nación en los eventos en que se considerara que la persona postulada había cometido conductas delictivas después de su desmovilización.

14. Con ocasión de la decisión de un recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra un decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá que mantuvo a un postulado en el proceso penal especial de justicia y paz a pesar de que entre los delitos confesados se incluía un delito no relacionado con su pertinencia al grupo armado ilegal, la Corte Suprema de Justicia se refirió –como obiter dicta– acerca de la facultad otorgada al Ministerio del Interior y de Justicia en el Decreto 1364 de 2008, en los siguientes términos:

“De lo expuesto se tiene que si se ha iniciado el trámite judicial en los términos de la Ley 975 de 2005, toda solicitud que pretenda excluir de los beneficios de la ley a un postulado -por solicitud propia, de la Fiscalía o del Gobierno nacional- o que se enderece al archivo de las diligencias o la preclusión de la investigación, por ser decisiones propias de un proceso como es debido tienen que ser tramitadas de acuerdo con lo dispuesto por los artículos de la citada ley en concordancia con los de la nueva codificación procesal penal de 2004, pues el trámite deja de ser político gubernativo para convertirse en estrictamente judicial”.

Específicamente, respecto de la competencia atribuida por el Decreto 1364 de 2008 al Ejecutivo para retirar la postulación de una persona ante la “consideración de que ha delinquido con posterioridad a su desmovilización”, la Corte Suprema de Justicia afirmó que dicho Decreto debía ser inaplicado con base en la excepción de inconstitucionalidad. Concretamente sostuvo la Corte en dicha ocasión que:

“En suma, el Decreto 1364 de 2008, no solo asoma ilegal, porque lejos de reglamentar el trámite de la Ley de Justicia y Paz, lo desnaturaliza completamente, al punto de contradecir abiertamente la misma norma que busca complementar, sino que se erige en claramente violatorio de la Constitución Nacional, específicamente de los artículo 29, consagradorio del debido proceso y el derecho de defensa, y 228, 229 y 230, en cuanto verifican la independencia de la Administración de Justicia y el libre acceso a la misma.

Por esa razón, en los asuntos que tengan que ver con la misma materia, deberá la Corte hacer uso del mecanismo de excepción de inconstitucionalidad, en guarda de la legalidad del trámite procesal y del respeto a los derechos fundamentales, no solo del postulado, sino, primordialmente de las víctimas”

15. En el año 2012, el Congreso de la República profirió la Ley 1592 de 2012, “Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005”. Dicha ley, creó y reguló en el artículo 5° la figura de la “Terminación del proceso de justicia y paz y exclusión de la lista de postulados” y dispuso que será la respectiva Sala de Conocimiento la competente para terminar el proceso

penal especial de un postulado, en el caso de que este haya incumplido algún requisito contemplado en la Ley y sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial: (...)

16. Existe la probabilidad de que las personas que fueron retiradas de la lista de postulación a justicia y paz mediante actos proferidos por el Ministerio del Interior y de Justicia, los cuales no fueron expedidos contando con la consulta de las personas afectadas ni notificados, soliciten la revocatoria directa de dichos actos administrativos. Lo anterior sucedería ya en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA).

17. Conviene precisar que en atención a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 3° del Decreto 4760 de 2005 “En ningún caso la postulación realizada por el Gobierno nacional implica la concesión automática de los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005 ni el aval sobre el cumplimiento de los requisitos allí contemplados”. Lo anterior considerando que tal y como lo dispone dicha norma la verificación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad es una atribución de la respectiva autoridad judicial, siendo la Sala del Tribunal Superior de Distrito de que trata la Ley 975 de 2005 la autoridad competente para conceder los beneficios consagrados en la citada ley, en la respectiva sentencia judicial. En todo caso, el acto administrativo de postulación es una condición sine qua non de la competencia de la autoridad judicial en el marco de la Ley 975 para evaluar y decidir sobre la concesión de los beneficios previstos en dicha ley. Así, las autoridades judiciales del régimen penal especial de justicia y paz no tienen competencia para conocer del proceso de una persona que no esté postulada al proceso penal especial, por parte del Gobierno nacional”.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. En atención a la expedición de la Ley 1592 de 2012, que modificó la Ley 975 de 2005, ¿quién es la autoridad competente para **retirar a una persona de la lista de postulados a la Ley de Justicia y Paz?** ¿La creación legal de la figura denominada “**Terminación del proceso de justicia y paz y exclusión de la lista de postulados**” en el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012, implica la pérdida de competencia del Gobierno nacional para retirar la postulación? ¿No se aplicarían entonces en el ámbito de la postulación al proceso penal especial de justicia y paz las normas generales del Derecho Administrativo sobre la revocatoria directa de los actos administrativos? ¿Puede concluirse que dicha competencia fue trasladada por la Ley 1592 de 2012 a las Salas de Conocimiento de Justicia y Paz?

2. ¿La postulación a la Ley de Justicia y Paz es un acto administrativo complejo?

3. ¿La remisión formal de la lista de postulados por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho a la Fiscalía General de la Nación es un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica?

4. ¿En vigencia del decreto ley 01 de 1984, el retiro de la postulación por la falta de cumplimiento de los requisitos de la Ley 975 de 2005, podía efectuarse sin el consentimiento previo, expreso y escrito de los desmovilizados?

5. De considerarse que la Ley 1592 de 2012 trasladó la competencia para retirar la postulación del Gobierno nacional a las autoridades judiciales, ¿son entonces los Magistrados de las Salas de Justicia y Paz competentes, en virtud de la Ley 1592 de 2012, para conocer y decidir sobre la solicitud de revocación directa de un acto administrativo proferido por el Ejecutivo por medio del cual se retiró una persona de la lista de postulados a la Ley de Justicia y Paz?

6. De considerarse que bajo la Ley 1592 de 2012, el Gobierno nacional mantiene la competencia para retirar la postulación, ¿es entonces el Gobierno nacional competente para conocer y decidir sobre la solicitud de revocación directa de un acto administrativo proferido por el Ejecutivo, por medio del cual se retiró a una persona de la lista de postulados a la Ley de Justicia y Paz, aún después de la expedición de la Ley 1592 de 2012?

7. ¿Procede la revocatoria a solicitud de parte contra un acto administrativo que revocó de oficio otro acto administrativo?

8. Cuando un acto administrativo se profirió en vigencia del CCA (decreto ley 01 de 1984), y la solicitud de revocación se presenta ya en vigencia del CAPCA (Ley 1437 de 2011), ¿cuál es el régimen jurídico aplicable para su trámite y decisión?

9. La falta del requisito para la postulación consistente en la manifestación de voluntad previa, expresa y por escrito ante el Gobierno nacional de acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005, ¿puede ser subsanada por la ratificación expresa y por escrito de la voluntad de participar en el procedimiento penal especial de justicia y paz realizada ante la Fiscalía General de la Nación, así como la participación efectiva y decidida en el mismo?

10. De ser afirmativa la respuesta anterior ¿Qué autoridad es competente para declarar subsanado el requisito del acto administrativo de postulación, consistente en la manifestación de voluntad previa, expresa y escrita al Gobierno nacional de acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005? ¿El Gobierno nacional o las Salas de Justicia y Paz?

11. El retiro del proceso penal especial de justicia y paz por medio de un acto administrativo no consultado y no notificado, y en consecuencia la pérdida de la posibilidad de recibir los beneficios penales contemplados en la Ley 975 de 2005 ¿puede entenderse que causa un agravio injustificado, al tenor del artículo 69 del CCA o del artículo 93 del CPACA?"

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) naturaleza de la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz, ii) la excepcional situación de los postulados que no manifestaron previamente la voluntad de participar en el proceso especial, iii) la revocatoria directa, iv) la terminación del proceso de justicia y paz y la exclusión de la lista de postulados.

A. Naturaleza de la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz

Los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribu-

yan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” dispone:

“Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno nacional.

10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

PARÁGRAFO. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo.

Artículo 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

11.2 Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno nacional.

11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno nacional para tal efecto.

11.4 Que cese toda actividad ilícita.

11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.

11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno nacional ante la Fiscalía General de la Nación”.

El proyecto que dio origen a la ley fue de iniciativa gubernamental y fue radicado con el número 211 de 2005 en el Senado de la República. En la exposición de motivos, el entonces Ministro del Interior y de Justicia manifestó:

“La paz es el gran propósito nacional. La Constitución de 1991 la concibe como el objetivo central del Estado Social de Derecho. La política de seguridad democrática adelantada por el Gobierno nacional no tiene propósito distinto que alcanzar la paz combinando con precisión el uso legítimo de la fuerza y la vía dialogada.

La historia reciente del país cuenta con la experiencia de varios procesos de paz exitosos. Desde la instalación de este Gobierno se ha logrado la desmovilización de más de 9.000 miembros de grupos armados al margen de la ley, bien a través de la dejación individual de armas o en procesos de desmovilización colectiva. Esta es una cifra récord en la historia de las desmovilizaciones en Colombia. Tanto en los procesos de paz con el M-19, el Quintín Lame, el EPL, la Corriente de Renovación Socialista, como en las desmovilizaciones individuales que han tenido lugar hasta la fecha, se ha recurrido a la legislación vigente en materia de indulto y amnistía, que prevé un perdón por parte del Estado para quienes han incurrido en el delito de conformar grupos armados ilegales con el propósito de afectar al régimen constitucional vigente. Sin lugar a duda, esta legislación y en especial la Ley 782 de 2002 debe mantenerse, pues ha mostrado sus bondades para la pacificación de la nación.

Sin embargo, en los últimos años las exigencias de la justicia penal imponen con insistencia que se niegue el beneficio del indulto o la amnistía a quienes han cometido delitos graves, diferentes de la rebelión, la sedición, el concierto para delinquir o la asonada. En tales casos, es necesario que se apliquen medidas dentro del marco de la verdad, la justicia y la reparación que, en desarrollo del Código de Procedimiento Penal, permitan avanzar de manera decidida hacia la reconciliación nacional.

Para el Gobierno nacional el asunto es claro: Los miembros de grupos armados al margen de la ley, responsables de delitos no indultables ni amnistiables, pero que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, deberán responder judicialmente por sus acciones, siendo posible, sin embargo, otorgarles beneficios de acuerdo con su esfuerzo por consolidar la convivencia pacífica. (...)

Como es sabido, la gran mayoría de los jefes de grupos guerrilleros y de autodefensas, con los cuales se han adelantado diálogos de paz en los últimos años o se adelantarán en el futuro, están incurso en esta situación. No obstante esta dura realidad, no se había planteado de manera clara la necesidad de encontrar una fórmula para abordar este problema. Este Gobierno ha

motivado el debate, pues considera necesario contar con un marco jurídico claro para avanzar en procesos de paz, tanto con los grupos guerrilleros como con las autodefensas. La actual Ley 782 de 2002 resulta útil pero insuficiente para abordar el problema en su integralidad, motivo por el cual se considera pertinente que el honorable Congreso legisle sobre esta materia. (...)

Sin embargo, es necesario tener presente que la decisión de conceder prerrogativas a personas que han ofendido de manera grave a la Nación no solamente es un asunto que compete a los tribunales de justicia, sino también un tema de innegable envergadura política, relacionado no solo con el logro de la paz y su mantenimiento a escala nacional, sino con nuestras relaciones internacionales. Por tal motivo, para la concesión de dicho beneficio se propone un mecanismo mixto de toma de decisiones, donde las judiciales quedan en manos de los jueces y las de oportunidad y pertinencia política, en manos del Presidente de la República.

Es así que la competencia de la rama jurisdiccional del poder público queda incólume, en tanto que la evaluación de la perspectiva y conveniencias políticas para el logro de la paz, facultad indelegable asignada por la Constitución al Presidente de la República, queda en sus manos.

Al atribuir al Gobierno la facultad de presentar ante los jueces los nombres de miembros de grupos armados que puedan recibir el beneficio, justificando los motivos de la decisión, se consolida un mecanismo de seguridad que permite orientar, desde el punto de vista de la favorabilidad política, lo que los jueces conceptuarán como favorabilidad judicial”¹ (Resalta la Sala).

Emerge entonces que el proceso penal especial de justicia y paz obedece a una decisión política y práctica del legislador, orientada hacia el logro de la paz, y enmarcado en el propósito de facilitar los diálogos, negociaciones y acuerdos en procesos de desmovilización de grupos armados organizados al margen de la ley.²

En la sentencia C-752 de 2013, la Corte Constitucional explica más detalladamente el proceso especial en los siguientes términos:

“6.5. Dentro del objetivo de realizar el valor constitucional de la paz, a través de dicha ley, el Congreso fijó “diversas fórmulas que, en términos generales, implican una reforma al procedimiento penal con incidencias en el ámbito de la justicia –entendida como valor objetivo– y también como uno de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos”³. Conforme con ello, la ley establece “ciertos beneficios de tipo penal y un procedimiento especial ante ciertas autoridades específicas para quienes opten, individual o colectivamente, por desmovilizarse de los grupos armados al margen de la ley y reingresar a la vida civil”⁴. Ello refleja una decisión de carácter político adoptada por el Legislador y plasmada en dicha ley, pues, en aras de lograr la paz, “se estableció un régimen específico y distinto de procedimiento penal, como forma de materializar la justicia”⁵.

1 Gaceta del Congreso 43. Viernes 11 de febrero de 2005.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

3 “[12] C-370 de 2006”.

4 “[13] Sentencia Ibidem”.

5 “[14] Sentencia Ibidem”.

6.6. Así, bajo las condiciones y términos del citado ordenamiento, los miembros de los grupos armados al margen de la ley que tomen la decisión de desmovilizarse, individual o colectivamente, son entonces investigados y juzgados conforme a un procedimiento penal especial, por cuenta de autoridades judiciales instituidas para ese efecto, y se harán acreedores a los beneficios fijados en la ley, en caso de cumplir los compromisos por ellos adquiridos con el Estado. (...)

6.10. Debe señalarse, además, que al proceso de justicia y paz el desmovilizado accede libre y voluntariamente, lo cual significa que es él quien por iniciativa propia hace manifiesta su aspiración, mostrando plena disposición en el cumplimiento de los compromisos adquiridos a cambio de recibir la indulgencia de una disminución punitiva. Su ingreso, por ser libre y voluntario, exige, precisamente, un compromiso serio, inquebrantable y real para culminarlo, por lo que del cumplimiento de las exigencias impuestas en la ley depende la aplicación de la alternativa. Sobre este particular, en la Sentencia C-370 de 2006, esta Corporación precisó que “[I] a alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la (sic) ‘la colaboración con la justicia’ no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos, que parecen enunciados en la propia Ley 975 de 2005”

También la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento⁶, se refirió al tema destacando que: “la materia prima con la cual se construyó la esperanza de un mejor país que subyace en la filigrana de la Ley de Justicia y Paz, es la **voluntad** de sus intervinientes, de tal forma que decidan escoger el camino de la paz en vez del sendero de la guerra; la voluntad, esa facultad intelectual en la que se concentra tanto la fuerza del querer como una motivación, esa tan importante para el devenir social que se identifica con la realización de la paz y la convivencia, presupuestos del orden, la seguridad, el progreso y la justicia”. En la misma decisión, aclaró la Corte que, no obstante, “esa voluntad debe tener elementos concretos de evaluación ya que no se puede quedar en vacías declaraciones de meras intenciones, sino que requiere manifestaciones externas, expresiones concretas, tangibles y por tanto evaluables de su sinceridad”. Y agregó que “los requisitos de elegibilidad son las exigencias iniciales, inmediatas, la expresión concreta de la voluntad, a cuyo cumplimiento se condiciona el acceso a la posibilidad de beneficiarse de los significativos descuentos punitivos contenidos en la ley”. (...)

1. Dentro de marco jurídico descrito, el procedimiento penal especial fijado en la Ley 975 de 2005 para justicia y paz, está integrado básicamente por dos fases: una administrativa y otra judicial. La primera corre por cuenta del Gobierno nacional, en cuanto que a él le corresponde elaborar la lista con los nombres de los miembros de grupos armados al margen de la ley que aspiren a obtener los beneficios reconocidos. La segunda, la judicial, se encuentra a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y de los Tribunales de Justicia y Paz, a quienes corresponde, una vez recibida la lista correspondiente de postulados, llevar a cabo lo concerniente a la investigación, juzgamiento, imposición de la sanción y aplicación de los beneficios judiciales.” (Resalta la Sala).

Queda entonces dilucidado que la confección de la lista de postulados al proceso especial de justicia y paz es una actuación administrativa en cabeza del Gobierno nacional, presidida

⁶ “[16] Proceso 34423, del 23 de agosto de 2011, M. P. José Leonidas Bustos Martínez”.

por una valoración política encaminada al logro de la paz. Es así que el Decreto 3011 de 2013 “Por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012” prevé en capítulo I, lo siguiente:

“PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

Artículo 8°. Procedimiento penal especial de justicia y paz. El procedimiento especial de justicia y paz se divide en una etapa administrativa y una etapa judicial. La etapa administrativa inicia con la solicitud de postulación por parte del desmovilizado y culmina con la presentación del Gobierno nacional de las listas de postulados a la Fiscalía General de la Nación. Una vez recibidas dichas listas por parte de la Fiscalía General de la Nación, inicia la etapa judicial.

CAPÍTULO I. Etapa administrativa

Artículo 9°. Postulados por desmovilizaciones colectivas. Quienes se hayan desmovilizado de manera colectiva con anterioridad al 26 de agosto de 2008 y hayan solicitado su postulación al procedimiento penal especial de justicia y paz con anterioridad al 31 de diciembre de 2012, podrán ser postulados por el Gobierno nacional hasta el 31 de diciembre de 2014. Las listas de postulados por desmovilizaciones colectivas que remita el Gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación solo podrán integrarse con los nombres e identidades de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado colectivamente de conformidad con la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifican y prorrogan.

En este caso será necesario que los desmovilizados hayan manifestado por escrito ante el Alto Comisionado para la Paz su voluntad de ser postulados al procedimiento penal especial de justicia y paz, y declaren bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplir con todos los requisitos previstos en la Ley 975 de 2005.

Artículo 10. Postulados por desmovilizaciones individuales. Quienes se hayan desmovilizado de manera individual con anterioridad al 3 de diciembre de 2012 y hayan solicitado su postulación al procedimiento especial de justicia y paz con anterioridad al 31 de diciembre de 2012, podrán ser postulados por el Gobierno nacional hasta el 31 de diciembre de 2014.

Quienes se desmovilicen de manera individual con posterioridad al 3 de diciembre de 2012 y soliciten su postulación al procedimiento penal especial de justicia y paz dentro del año siguiente a su desmovilización, podrán ser postulados por el Gobierno nacional dentro del año siguiente a tal solicitud. Para efectos de la inclusión de desmovilizados individuales en los listados de postulación por parte del Gobierno nacional se deberá verificar que estas personas se hayan desmovilizado individual y voluntariamente de conformidad con la Ley 418 de 1997 o las normas que la modifiquen o la prorroguen.

Asimismo será necesario que los desmovilizados hayan manifestado por escrito ante el Ministerio de Defensa Nacional su voluntad de ser postulados al procedimiento penal especial de justicia y paz, y declaren bajo la gravedad de juramento su compromiso de cumplir con todos los requisitos previstos en la Ley 975 de 2005.

Artículo 11. Trámite ante el Ministerio de Justicia y del Derecho. La lista de aspirantes a la aplicación del procedimiento penal especial de justicia y paz será enviada al Ministerio de Jus-

ticia y del Derecho por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz o por el Ministerio de Defensa Nacional, según sea el caso. El Ministerio de Justicia y del Derecho las remitirá formalmente, en nombre del Gobierno nacional, a la Fiscalía General de la Nación.

Artículo 12. Identificación e individualización. La Registraduría Nacional del Estado Civil, así como los demás organismos estatales competentes, deberán apoyar el proceso de identificación e individualización de la persona desmovilizada solicitante de la postulación al proceso penal especial de justicia y paz.

Artículo 13. Postulación única. Cuando un postulado haya pertenecido con anterioridad a su desmovilización a más de un grupo armado organizado al margen de la ley, bastará con una sola postulación por su pertenencia a uno de estos, para que contribuya al esclarecimiento de los hechos relacionados con su pertenencia a todos. (...)

Artículo 99. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular los Decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006, 2898 de 2006, 4417 de 2006, 3460 de 2007, 423 de 2007, 551 de 2007, 176 de 2008, 880 de 2008, 1364 de 2008, 614 de 2009 y 299 de 2010.”

En tal virtud, se observa que la postulación al procedimiento penal especial de justicia y paz es un acto administrativo con el que concluye una etapa o fase administrativa, en la medida en que existe la manifestación de la voluntad de la Administración que crea una situación jurídica personal y concreta, pues solo aquellos postulados, una vez efectuadas las respectivas evaluaciones a cargo del Gobierno nacional, estarían en condiciones de acceder a los beneficios que establece la Ley 975 de 2005⁷. Se trata de un acto que constituye un supuesto necesario para que alguien en particular pueda ser titular de un estatus jurídico y sujeto de un régimen jurídico especial⁸.

La postulación corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho que debe contar con la información pertinente enviada por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz o por el Ministerio de Defensa Nacional, según sea el caso.

La Oficina del Alto Comisionado para la Paz y el Ministerio de Defensa deben verificar que quienes se desmovilicen hayan manifestado por escrito su voluntad de ser postulados al procedimiento penal especial de justicia y paz, y declaren bajo la gravedad de juramento su compromiso de cumplir con todos los requisitos previstos en la Ley 975 de 2005, y de ser así lo informarán al Ministerio de Justicia y del Derecho para que adopte la decisión que corresponda acorde con los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 *ibidem*.

Es claro que el Ministerio de Justicia y del Derecho adopta la decisión de postular los nombres de quienes van a participar en el proceso especial, para lo que tiene en cuenta el previo y necesario concurso de las manifestaciones de voluntad de varias entidades, cada una desde su respectiva órbita de competencias y con agotamiento de su propio trámite en atención a

⁷ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de 27 de agosto de 2007, expediente 27873 admite que la lista de elegibles al proceso especial de justicia y paz es un acto administrativo.

⁸ Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Séptima Edición. Ediciones del Profesional, pp. 159 y 160.

si se trata de una desmovilización colectiva o individual, pero todas con una única finalidad. En síntesis, el Ministerio de Justicia expide un acto administrativo complejo.⁹

Resalta la Sala que con el acto de postulación efectivamente concluye la actuación administrativa, pues una vez expedido y remitido formalmente a la Fiscalía produce todos sus efectos, y el procedimiento deja de ser administrativo y se transforma en judicial.

B. De la excepcional situación de los postulados que no manifestaron previamente la voluntad de participar en el proceso especial

El Ministro pregunta sobre la situación particular que se presenta cuando se ha efectuado una postulación pero faltó la manifestación de voluntad previa, expresa y por escrito ante el Gobierno nacional de acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005.

Respecto a esta excepcionalísima situación fáctica se advierte que la Administración ha cometido un error, en la medida en que la manifestación de voluntad previa, expresa y por escrito es un requisito esencial para la postulación a la luz de lo previsto por los artículos 9 y 10 del Decreto Reglamentario 3011 de 2013, lo que en principio impediría considerar a la persona como verdaderamente postulada, pues no habría expresado su consentimiento previo.

No obstante, si excepcionalmente se presenta el caso en que con posterioridad a la irregular postulación se ha producido una ratificación expresa y por escrito ante la Fiscalía General de la Nación, de la voluntad de participar en el procedimiento penal especial de justicia y paz y además se participa efectiva y decididamente en el proceso, el requisito se puede considerar cumplido, precisamente porque la concluyente conducta del postulado satisfaría el objeto jurídico perseguido con la exigencia en origen pretermitida, a saber el conocer la voluntad de participación del procesado.

Sin embargo por ser un asunto que ocurre durante la etapa judicial, corresponderá evaluarlo a las autoridades judiciales en ejercicio de su autonomía.

C. La revocatoria directa

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo confiere una mayor entidad al proceso administrativo en comparación con las previsiones del Código Contencioso Administrativo, pues busca que sea un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos y los cometidos estatales dentro de un marco de respeto a las personas, sin que se vean necesariamente obligadas a solicitar protección de los jueces frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades. Se pretende entonces que la administración sea la primera protectora de los derechos y para ello debe tener capacidad para corregir los errores en que incurra.

En otras palabras, frente a los derechos “la administración debe incorporar en su visión de las cosas que no es solo el juez el que está llamado a protegerlos, sino que es la propia

⁹ Sobre acto complejo ver: García Trevijano José Antonio. Los actos administrativos. Editorial Civitas, p. 123.

Administración la que en primer lugar debe convertirse, obviamente en el marco de la Constitución y la ley, en artífice de la defensa de esos derechos”¹⁰.

Es así que dentro de las más importantes manifestaciones del poder público aparecen los actos administrativos, actos que se encuentran destinados a producir efectos en derecho y a cumplirse, razón por la cual el ordenamiento jurídico los ha rodeado de privilegios tales como la ejecutoriedad, la ejecutividad y la presunción de legalidad, lo que en principio conlleva a que la administración se encuentre sometida a sus propios actos y deba ser leal ante ellos¹¹. No obstante, no significa que sus actos sean inmutables, puesto que la autoridad que los expidió o su superior los puede revocar en atención a las causales previstas por la ley y con el procedimiento previsto para el efecto¹².

Dentro de este contexto, la parte primera de la Ley 1437 de 2011 contempla que las autoridades pueden ajustar sus actos al ordenamiento jurídico bien sea de manera provocada al resolver los diferentes recursos que contra ellos se ejerzan o al pronunciarse sobre las solicitudes de revocatoria directa, con el aditamento de que esta última institución también procede de manera oficiosa.

En efecto, la doctrina señala que la revocatoria directa tiene dos modalidades; i) como mecanismo que opera a solicitud del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y ii) como medida unilateral de la administración para dejar sin efectos las decisiones adoptadas por ella misma.

Ha dicho el Consejo de Estado que, vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir, en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, del interés público o de derechos fundamentales.¹³

En suma, la revocatoria directa de los actos administrativos es una potestad legal otorgada a una autoridad para hacer desaparecer de la vida jurídica las decisiones que ella misma ha tomado, por razones de legalidad o por motivos de mérito. Son razones de legalidad las que constituyen un juicio estrictamente lógico jurídico, esto es, una confrontación normativa sobre la infracción al orden preestablecido con violación del principio de legalidad. Hay razón de mérito cuando el acto es extinguido por contrariar el interés público o social, o cuando una persona determinada recibe un agravio injustificado.¹⁴

Esta Corporación también ha subrayado la importancia de diferenciar la “*revocatoria directa*” de la “*anulación*” de los actos administrativos, pues aunque prima facie tienen la misma consecuencia, esto es, el retiro de los actos del ordenamiento, en la nulidad la extinción del acto se debe a la decisión de una autoridad judicial y sus efectos pueden ser diferidos o, si se

10 Zambrano William. La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa. En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Consejo de Estado – Banco de la República, pp. 40 y 41.

11 T 338 de 2010.

12 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2000. Rad.1697.

13 Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. Rad.1998-01093 y Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2012. Rad.2004-01511.

14 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 20 de mayo de 2004. Rad: 1998-3963.

quiere, modulados, según lo decidido por el juez en cada caso¹⁵. Pues bien, los artículos 93 al 97 se ocupan de regular la revocatoria de la siguiente manera:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Artículo 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

Artículo 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

Parágrafo. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

Artículo 96. Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

15 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 30 de octubre de 2015. Radicado 2015-00543.

Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. *Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”*

Así las cosas, y en atención a aspectos puntuales de la consulta, la Sala efectúa las siguientes consideraciones adicionales:

En punto a la revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto, el artículo 73 del CCA también tenía como regla general la imposibilidad de revocar directamente los actos administrativos particulares y concretos, si la Administración no contaba previamente con el consentimiento expreso del titular del derecho reconocido. También establecía excepciones a la regla, esto es, a la posibilidad de revocatoria sin el consentimiento del administrado cuando el acto particular había surgido de la aplicación del silencio administrativo o cuando el acto había ocurrido por medios ilegales.¹⁶

En vigencia del anotado CCA, la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación¹⁷ llegó a sostener:

“Se requiere pues para revocar el acto administrativo de carácter particular, sin autorización escrita del administrado, como ya lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación “que se trate de una abrupta abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada...”.11. Entendida tal actuación ilícita, como se dijo en párrafos antecedentes, como un vicio en la formación de la voluntad de la administración, que bien puede ocurrir por error, fuerza o dolo”.

Es conveniente precisar que el solo incumplimiento de los requisitos exigidos para su expedición no necesariamente comporta que el acto haya ocurrido por medios ilegales, pues de tal hecho no se avizora que la expresión de voluntad del Estado haya nacido viciada bien por violencia, por error o por dolo provenientes de la misma Administración o del administrado o de un tercero¹⁸.

16 Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 16 de marzo de 2005. Radicación número: 2002-01216.

17 Sentencia del 16 de julio de 2002. Expediente 1997- 8732-02 (IJ 029).

18 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación número: 2011-01324.

En lo atinente al agravio injustificado a una persona como causal de revocatoria de los actos administrativos, al decir de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹, se “trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto que exige la presencia de un perjuicio sin motivo, razón o fundamento a una persona, el cual solo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior”.

Ahora bien, si un acto administrativo ha sido revocado de oficio sin mediar el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, debe señalarse sin hesitación alguna que dicha revocatoria oficiosa corresponde a un acto administrativo en cuanto que es una declaración unilateral del órgano en ejercicio de función administrativa, y en tal medida es pasible de revocatoria a solicitud del afectado.

No puede pasarse por alto que el primer inciso del artículo 93 del CPACA indica que es obligatorio para la Administración proceder a revocar los actos cuando se presenten las causales allí previstas²⁰, bajo las limitaciones y procedimientos señalados por el legislador.

Tal circunstancia lleva a preguntarse si en el caso de que la misma Administración advierta que se han violado los derechos de audiencia y defensa al revocar un acto administrativo que crea una situación jurídica particular, concreta y favorable, porque no se ha citado y mucho menos solicitado el consentimiento del interesado, puede la autoridad permanecer impertertable y permitir esa violación al debido proceso.

A todas luces la respuesta debe ser negativa; la Administración no puede tolerar a ciencia y paciencia que tan irregular situación se mantenga.

La Sala parte de que las ideas sobre las que gravita la Ley 1437 son: i) que el reconocimiento de los derechos de las personas debe hacerse prioritariamente por la Administración, ii) que en consecuencia ella debe tener capacidad para corregir los errores en que incurra, iii) que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo busca ser un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos de las personas sin que tengan que verse irremediamente obligadas a solicitar la protección de los jueces frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades y iv) que la intervención del juez solamente es para aquellas situaciones excepcionales en que la Administración encuentre que debe negar un reconocimiento. En tales circunstancias, las autoridades administrativas están en la obligación de proceder a la revocatoria de un acto administrativo que haya revocado otro de oficio, cuando en su expedición violó el derecho fundamental al debido proceso por no obtenerse y ni siquiera buscarse el consentimiento previo, expreso y escrito del titular²¹.

Finalmente, respecto a la hipótesis de que un acto administrativo se haya proferido en vigencia del CCA y la solicitud de revocatoria se haya presentado en vigencia del CPACA, el ré-

19 Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 16 de marzo de 2005. Radicación número: 2002-01216.

20 Arboleda Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis, p. 92.

21 Exposición de motivos del proyecto de Ley 1437 de 2011 suscrita por el Presidente del Consejo de Estado y el Viceministro de Justicia encargado de las funciones del Despacho del Ministro del Interior y de Justicia.

gimen jurídico aplicable para el trámite y decisión de tal solicitud es el de la Ley 1437, puesto que la actuación administrativa entonces gobernada por el CCA se agotó con el acto definitivo, y la revocatoria está por fuera de las etapas propias de dicha actuación.²²

D. La terminación del proceso de justicia y paz y la exclusión de la lista de postulados

Esta figura fue introducida al proceso penal especial de justicia y paz por la Ley 1592 de 2012, en los siguientes términos:

“Artículo 5°. La Ley 975 de 2005 tendrá un nuevo artículo 11A del siguiente tenor: **Artículo 11A. Causales de terminación del Proceso de Justicia y Paz y exclusión de la lista de postulados.** *Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:*

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley.

2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley.

3. Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona.

4. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley.

5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.

6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la presente ley.

La solicitud de audiencia de terminación procede en cualquier etapa del proceso y debe ser presentada por el fiscal del caso. En una misma audiencia podrá decidirse sobre la terminación del proceso de varios postulados, según lo considere pertinente el fiscal del caso y así lo manifieste en su solicitud.

Una vez en firme la decisión de terminación del proceso penal especial de Justicia y Paz, la Sala de Conocimiento ordenará compulsar copias de lo actuado a la autoridad judicial compe-

²² Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Librería ediciones del profesional, pp. 511 y 513.

tente para que esta adelante las respectivas investigaciones, de acuerdo con las leyes vigentes al momento de la comisión de los hechos atribuibles al postulado, o adopte las decisiones a que haya lugar.

Si existieren requerimientos previos por investigaciones o procesos ordinarios suspendidos por virtud del proceso penal especial de Justicia y Paz, una vez terminado este, la Sala de Conocimiento, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, comunicará a la autoridad judicial competente a efectos de que se reactiven de manera inmediata las investigaciones, los procesos, los órdenes de captura y/o las medidas de aseguramiento suspendidas, si a ello hubiere lugar.

En todo caso, la terminación del proceso de Justicia y Paz reactiva el término de prescripción de la acción penal.

En firme la decisión de terminación del proceso de justicia y paz, la autoridad competente remitirá copia de la decisión al Gobierno nacional, para lo de su competencia. El desmovilizado no podrá ser nuevamente postulado para acceder a los beneficios establecidos en la presente ley.

PARÁGRAFO 1°. *En el evento en que el postulado no comparezca al proceso de justicia y paz, se seguirá el trámite establecido en el presente artículo para la terminación del proceso y la exclusión de la lista de postulados. Se entenderá que el postulado no comparece al proceso de justicia y paz cuando se presente alguno de los siguientes eventos:*

1. No se logre establecer su paradero a pesar de las actividades realizadas por las autoridades con el fin de ubicarlo.

2. No atienda, sin causa justificada, los emplazamientos públicos realizados a través de medios de comunicación audiovisuales o escritos, ni las citaciones efectuadas al menos en tres (3) oportunidades para lograr su comparecencia a la diligencia de versión libre de que trata la presente ley.

3. No se presente, sin causa justificada, para reanudar su intervención en la diligencia de versión libre o en las audiencias ante la magistratura, si estas se hubieren suspendido.

PARÁGRAFO 2°. *En caso de muerte del postulado, el Fiscal Delegado solicitará ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, la preclusión de la investigación como consecuencia de la extinción de la acción penal.*

PARÁGRAFO 3o. *En todo caso, si el postulado fallece con posterioridad a la entrega de los bienes, el proceso continuará respecto de la extinción del dominio de los bienes entregados, ofrecidos o denunciados para la contribución a la reparación integral de las víctimas, de conformidad con las normas establecidas en la presente ley”.*

En la exposición de motivos del proyecto de Ley 096 de 2011 - Cámara, la Fiscal General de la Nación explicó:

“2. Motivos específicos de las modificaciones y adiciones propuestas.

La exclusión de postulados del proceso de justicia y paz (artículos 1° y 2° del proyecto de ley)

Ante el vacío de la Ley 975 de 2005 en esta materia, se propone incluir el instituto de la exclusión del proceso y el de finalización del mismo por renuncia voluntaria del postulado. Lo anterior, teniendo en cuenta los desarrollos jurisprudenciales en este sentido. En efecto, la jurisprudencia penal ha resuelto situaciones como las establecidas en los dos artículos que se proponen. En esta medida, la propuesta consiste en la consagración legal de una práctica ya existente. Habida cuenta que la actividad de los fiscales y magistrados ha sido evidentemente tímida y cauta al momento de depurar el universo de postulados, resulta necesario consagrar legalmente las directrices trazadas en la materia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El propósito consiste en excluir del procedimiento a los postulados que únicamente han figurado de manera formal en las listas enviadas por el Gobierno nacional, pero que no ha sido posible ubicar ni lograr su comparecencia en el proceso. Asimismo, se hace necesario excluir a los que voluntariamente desisten de someterse al proceso de justicia y paz o expresan libremente su decisión de no continuar en el proceso. También se requiere excluir del proceso a quienes no satisfacen los requisitos de elegibilidad establecidos en la ley, tan pronto se acredita esta situación.

La depuración del universo de postulados debe traer como consecuencia una mayor fluidez de las actuaciones, en la medida en que el esfuerzo de los diferentes equipos de trabajo de fiscales y magistrados de justicia y paz se podrá concentrar en aquellos casos en que los postulados realmente estén colaborando eficazmente con la reconstrucción de la verdad, a favor de la reparación de tantas víctimas que esperan, por fin, saber lo ocurrido con sus seres queridos”.

En consecuencia, la Fiscal propuso el siguiente artículo:

“Artículo 1°. Adiciónese a la Ley 975 de 2005 el artículo 11A, cuyo texto será el siguiente:

Causales de exclusión del proceso de justicia y paz. Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos del proceso mediante decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente sala de conocimiento de justicia y paz del tribunal superior de distrito judicial, en los siguientes casos:

- 1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso.*
- 2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley.*
- 3. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley.*

4. Cuando se acredite la muerte del postulado.

La solicitud de audiencia de exclusión procede en cualquier etapa del proceso y debe ser presentada por el fiscal del caso.

Una vez en firme la decisión de exclusión del proceso, el fiscal del caso remitirá copia de la actuación a la autoridad judicial competente, para que esta adelante las respectivas investigaciones, de acuerdo con las leyes vigentes al momento de la comisión de los hechos atribuibles al postulado, o adopte las decisiones a que haya lugar.

Una vez en firme la decisión de exclusión del proceso, el desmovilizado no podrá ser nuevamente postulado para acceder a los beneficios establecidos en la presente ley.

Parágrafo. Se entenderá que el postulado renuncia a comparecer al proceso cuando:

1. No se logre establecer su paradero, a pesar de las actividades realizadas por las autoridades con el fin de ubicarlo.

2. No atienda, sin causa justificada, los emplazamientos públicos realizados a través de medios de comunicación orales o escritos, ni las citaciones efectuadas al menos en tres (3) oportunidades para lograr su comparecencia a la diligencia de versión libre de que trata la presente ley.

3. No se presente, sin causa justificada, para reanudar su intervención en la diligencia de versión libre o en las audiencias ante la magistratura, si estas se hubieren suspendido”.

Respecto de este punto el Ministro plantea en la consulta la inquietud consistente en que si la creación legal de la figura denominada “terminación del proceso de justicia y paz y exclusión de la lista de postulados” en el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012, implica la pérdida de competencia del Gobierno nacional para retirar la postulación”.

Para la Sala la respuesta es que efectivamente el Gobierno carece de competencia para retirar la postulación y no puede acudir para ello a la revocatoria directa, como se explica a continuación:

Se manifestó en acápites anteriores, que tanto las motivaciones del proyecto de la Ley 975 como la jurisprudencia constitucional, han hecho énfasis en que el procedimiento especial de justicia y paz está integrado por dos fases: una administrativa y otra judicial.

La fase administrativa está a cargo del Gobierno nacional quien una vez agotadas las constataciones de ley y efectuadas las respectivas valoraciones, concluirá la actuación con la respectiva postulación ante la Fiscalía General de la Nación, lo que permite afirmar que dicha postulación es un verdadero requisito de procedibilidad para poder dar curso a la actuación penal. Puede afirmarse que se trata de un procedimiento complejo, en tanto del mismo hacen parte autoridades distintas e incluso ramas del poder público diferentes.

En tal medida, como dice la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con la postulación el proceso deja de ser político gubernativo para convertirse en estrictamente judicial y es por ello que si se ha iniciado el trámite judicial en los términos de la Ley 975 de 2005, toda decisión que pretenda excluir de los beneficios de la ley a un postulado -por solicitud propia, de la Fiscalía o del Gobierno nacional- o que se enderece al archivo de las diligencias o la preclusión de la investigación, debe ser adoptada por los jueces.²³

También ha dicho el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“Si, como se dijo ampliamente, en el procedimiento de justicia y paz se distinguen claramente una fase administrativa, a cargo del Gobierno nacional y concretamente dirigida a favorecer la desmovilización, para luego elaborar las listas de integrantes de los grupos ilegales postulados para recibir los beneficios de justicia y paz; y otra judicial, que comienza con la recepción de la lista de postulados en manos de la Fiscalía General de la Nación, mal puede el Gobierno nacional, motu proprio, “ordenar” al Fiscal General de la Nación que cese de inmediato toda actuación, como si de verdad el trámite judicial, gobernado por la independencia y autonomía de los funcionarios que lo adelantan, pudiera ser interferido sin miramientos.

Es claro que desde el mismo momento en el cual el desmovilizado ha sido postulado a los beneficios de Justicia y Paz, incluyéndosele en la lista enviada a la Fiscalía, ha adquirido el derecho a que los jueces analicen su caso, verifiquen el cumplimiento de las condiciones establecidas para acceder a esos beneficios y, de no cumplirse ellos, se pronuncie expresamente acerca de las razones que motivan la exclusión.

Ello, en cumplimiento de elementales principios de respeto a derechos tales como los del debido proceso y defensa. Porque, huelga decirlo, esa especie de orden sumarisima de que cese todo procedimiento, de ninguna manera respeta los mínimos estándares de defensa, cuando ni siquiera la norma establece cómo debe comprobar el Gobierno nacional que el desmovilizado ha incumplido con la obligación de no incurrir en nuevas actividades delictivas”²⁴.

En suma, el acto administrativo de postulación es asaz particular, pues concluye una actuación administrativa y es a su vez un acto que sirve de medio o vehículo para iniciar de inmediato la siguiente fase a cargo de la Rama Judicial.

En consecuencia, la postulación no puede ser revocada o retirada porque a causa de ella misma el asunto ha mutado de una naturaleza administrativa a una judicial, escenario en el que claramente el ejecutivo ya no puede decidir pues atentaría contra la autonomía de la Rama Judicial.

De manera acorde con este planteamiento, no puede pasarse por alto que el Decreto 3011 de 2013 derogó expresamente los decretos 1364 de 2008 y 4760 de 2005. La importancia de la derogatoria radica en lo siguiente:

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 20 de abril de 2009. Proceso 31234.

24 Sala de Casación Penal. Auto de 12 de febrero de 2009. Radicado 30998.

El artículo 3° del Decreto 4760 de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005” establecía:

“Artículo 3°. Lista de postulados. Las listas de postulados para acceder al procedimiento de que trata la Ley 975 de 2005 que remita el Gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación podrán integrarse con los nombres e identidades de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado colectivamente de conformidad con la Ley 782 de 2002. Tratándose de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 975 de 2005, una vez surtida la desmovilización del grupo armado al margen de la ley, el miembro representante informará por escrito al Alto Comisionado sobre la pertenencia al mismo de quienes se encuentren privados de la libertad, la cual en su oportunidad será determinada en la respectiva providencia judicial.

También podrá incluir en las listas a quienes se hayan desmovilizado voluntariamente de manera individual de conformidad con la Ley 782 de 2002, siempre que contribuyan a la consecución de la paz nacional y hayan entregado información o colaborado para el desmantelamiento del grupo al que pertenecían y suscrito un acta de compromiso con el Gobierno nacional.

En todo caso será necesario que los desmovilizados hayan manifestado previamente y por escrito ante el Alto Comisionado para la Paz o al Ministro de Defensa, según se trate de desmovilizados colectiva o individualmente, su voluntad de ser postulados para acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005 y declaren bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 10 y 11 de esta, según corresponda.

Las listas de postulados serán enviadas al Ministro del Interior y Justicia por el Alto Comisionado para la Paz, y por el Ministro de Defensa, según sea el caso. El Ministerio del Interior y Justicia las remitirá formalmente a la Fiscalía General de la Nación.

En ningún caso la postulación realizada por el Gobierno nacional implica la concesión automática de los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005 ni el aval sobre el cumplimiento de los requisitos allí contemplados.

La verificación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad corresponderá a las autoridades judiciales, quienes contarán con la colaboración que deberán prestar los demás organismos del Estado, dentro del ámbito de sus funciones. En todo caso, la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial de que trata la Ley 975 de 2005 es la instancia competente para conceder los beneficios consagrados en la citada ley, exclusivamente a quienes cumplan las exigencias previstas en los artículos 1°, 3°, 10, 11, 24, 29, 42 y 44 y demás contempladas en la misma.

Parágrafo 1°. *Si durante la desmovilización colectiva o individual, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley realizan actos de cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 10.2, 10.3 o 10.6 del artículo 10 y 11.5 del artículo 11 de la citada ley, se levantará un acta suscrita por quien certifica la desmovilización.*

Tratándose de entrega de bienes, tal situación se pondrá en conocimiento inmediato de la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se adopten las medidas cautelares del caso y se

dejen a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto.

El acta, junto con los demás medios probatorios establecidos en la ley, servirá para verificar el cumplimiento de tales requisitos.

Parágrafo 2°. *Para efectos de apoyar los procesos de identificación e individualización, que deban adelantar las autoridades competentes, de los miembros de los grupos organizados al margen de la ley que se incluyan en la lista de que trata el presente artículo, la Registraduría Nacional del Estado Civil realizará su identificación con ocasión de la desmovilización surtida de conformidad con la Ley 782 de 2002, o si es del caso con posterioridad a ella. Las autoridades administrativas prestarán la colaboración del caso.*

Parágrafo 3°. *Los menores que se encuentren entre los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley, serán destinatarios de las medidas para promover su recuperación física, psicológica y su reinserción social, las cuales estarán a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ante el cual deberán ser puestos a disposición inmediata”.*

Posteriormente el Decreto 1364 de 2008 dispuso:

“Artículo 1°. *Adiciónase el artículo 3° del Decreto 4760 del 30 de diciembre de 2005 con el siguiente párrafo: “Parágrafo 4°. Asimismo, el Gobierno nacional, a través del Ministerio del Interior y de Justicia, podrá retirar la postulación que haya remitido a la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el presente artículo, cuando considere que el desmovilizado ha incumplido con los compromisos de no incurrir en nuevas conductas delictivas. En cuyo caso, el Fiscal General de la Nación ordenará cesar de inmediato toda actuación que se tramite en el marco de la Ley 975 de 2005 con relación a esa persona, e informará a las demás autoridades judiciales para los efectos legales correspondientes”.*

Finalmente el Decreto 3011 de 2013 produjo la derogatoria expresa de los decretos antes citados que preveían la posibilidad del retiro de la postulación por parte del Gobierno.

Es necesario en todo caso acotar que de conformidad con el artículo 11 A de la Ley 975 de 2005 y el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, compete al Gobierno nacional excluir de la lista de postulados a los desmovilizados, pero no por una decisión unilateral del ejecutivo sino como consecuencia de la terminación del proceso de justicia y paz, cuando así sea dispuesto por la correspondiente sala de conocimiento especializada del tribunal superior.

Es claro entonces que si el asunto está ya a cargo de la Rama Judicial, es a los jueces a quienes en principio les está atribuido retirar a los postulados del proceso especial; sin embargo vale la pena preguntarse sobre el papel de la Fiscalía en la materia.

Según el artículo 249 de la Constitución Política la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial, y de allí que la Corte Constitucional diga que la fase judicial del procedimiento especial se encuentra a cargo de la Fiscalía y de los tribunales de justicia y paz.

Empero, a la luz del artículo 250 *ibídem*, la Fiscalía no es un juez; su función es principalmente de investigación de aquellos hechos que revistan las características de un delito, hasta el punto que se le impone acudir ante los jueces de control de garantías o los jueces de conocimiento según el caso, cuando se quieran adoptar medidas para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, para conservar la prueba, legalizar capturas, adelantar registros, allanamientos, incautaciones, interceptaciones de comunicaciones, adelantar medidas que afecten los derechos fundamentales, presentar escrito de acusación, solicitar la preclusión y asegurar la asistencia de las víctimas al proceso.

Ya en concreto, en lo atinente a las atribuciones de la Fiscalía frente a los postulados a justicia y paz, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“Al respecto, la Sala tiene consolidado el criterio según el cual, por regla general, la decisión relativa a la exclusión del postulado del trámite y beneficios de la citada disposición legal corresponde a la Sala de Justicia y Paz, salvo si la exclusión tiene fundamento en la manifestación voluntaria del propio interesado de retirarse de dicha ritualidad, pues en ese caso corresponde a la Fiscalía General de la Nación remitir las diligencias a la justicia ordinaria con el fin de que, por los cauces inherentes a sus procedimientos, se continúe con la actuación.

Tal postura tiene como sustento normativo lo dispuesto en los artículos 19, parágrafo 1 y 21 de la Ley 975 de 2005, en cuanto esas disposiciones expresamente ordenan al fiscal competente remitir la actuación a la justicia ordinaria cuando el desmovilizado no confiesa, no acepta los cargos, o se retracta de los admitidos en la versión libre, para investigar las conductas averiguadas en el trámite posiblemente constitutivas de delito.

Para la Corte, ese procedimiento debe aplicarse también cuando en la versión libre el postulado manifiesta no someterse a dicho trámite, ya que el artículo 1º del decreto 2898 de 2006 exige al fiscal interrogar al postulado al inicio de la versión acerca de su voluntad de acogerse al procedimiento y beneficios de esa ley, requiriéndose tal manifestación para poderse recibir esa diligencia y surtir las demás etapas del proceso judicial”²⁵

Como colorario, con la expedición de la Ley 1592 de 2012 y el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, las únicas autoridades que pueden decidir el retiro de una persona del listado de postulados al proceso especial de justicia y paz, son las judiciales.

LA SALA RESPONDE:

Para una mejor comprensión, se responderán primero las preguntas meramente conceptuales, y posteriormente las referidas a casos concretos.

Preguntas conceptuales:

1. En atención a la expedición de la Ley 1592 de 2012, que modificó la Ley 975 de 2005, ¿quién es la autoridad competente para retirar a una persona de la lista de postulados a la Ley de Justicia y Paz? ¿La creación legal de la figura denominada “Terminación del proceso de justicia

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 27 de agosto de 2007. Radicación 27873.

y paz y exclusión de la lista de postulados” en el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012, implica la pérdida de competencia del Gobierno nacional para retirar la postulación? ¿No se aplicarían entonces en el ámbito de la postulación al proceso penal especial de justicia y paz las normas generales del Derecho Administrativo sobre la revocatoria directa de los actos administrativos? ¿Puede concluirse que dicha competencia fue trasladada por la Ley 1592 de 2012 a las Salas de Conocimiento de Justicia y Paz?

Bajo el imperio de la Ley 1592 de 2012 el Gobierno nacional carece de competencia para retirar la postulación. Como se ha dejado explicado en este concepto, con el acto administrativo contentivo de la postulación se agota la competencia del Gobierno en tanto se inicia la etapa judicial del procedimiento, respecto de la cual, por obvias razones, el Gobierno carece de competencias. En la etapa judicial corresponde a las salas de justicia y paz verificar, en cada caso, el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz.

2. ¿La postulación a la Ley de Justicia y Paz es un acto administrativo complejo?

La postulación por parte del Gobierno al proceso especial de justicia y paz es un acto complejo, que concluye el procedimiento administrativo y da inicio a la etapa judicial, mediante el cual el Ministerio de Justicia y del Derecho caracteriza a determinadas personas como postulados, previo el necesario concurso de las manifestaciones de voluntad de varias entidades, cada una desde su respectiva órbita de competencias, pero con una única finalidad.

3. ¿La remisión formal de la lista de postulados por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho a la Fiscalía General de la Nación es un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica?

La postulación es un acto que crea una situación jurídica particular y concreta para el postulado, en tanto es condición *sine qua non* para habilitarle la posibilidad de ser sujeto de los beneficios de ese proceso especial.

4. ¿En vigencia del decreto ley 01 de 1984, el retiro de la postulación por la falta de cumplimiento de los requisitos de la Ley 975 de 2005, podía efectuarse sin el consentimiento previo, expreso y escrito de los desmovilizados?

Hecha la postulación por parte del Gobierno, se inicia la etapa judicial como ya se ha respondido, y en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo de que se trate. En vigencia del artículo 73 del CCA y del Decreto 1364 de 2008, la revocatoria directa de cualquier acto administrativo particular y concreto debía contar previamente con el consentimiento expreso del titular, por supuesto, pero en tratándose de la materia consultada debe repetir la Sala que con la postulación se agota la competencia del Gobierno y en consecuencia no hay lugar a la figura de la revocatoria directa bajo ninguna circunstancia.

5. De considerarse que la Ley 1592 de 2012 trasladó la competencia para retirar la postulación del Gobierno nacional a las autoridades judiciales, ¿son entonces los Magistrados de las Salas de Justicia y Paz competentes, en virtud de la Ley 1592 de 2012, para conocer y decidir sobre la

solicitud de revocación directa de un acto administrativo proferido por el Ejecutivo por medio del cual se retiró una persona de la lista de postulados a la Ley de Justicia y Paz?

Los magistrados de las salas de justicia y paz de los tribunales no pueden conocer ni decidir las solicitudes de revocatoria directa de los actos administrativos por medio de los cuales se hubiesen retirado personas de la lista de postulados al proceso penal especial de justicia y paz, puesto que los tribunales no son superiores jerárquicos o funcionales del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Lo que corresponde a los tribunales, como ha quedado dicho en la primera respuesta, es la verificación, en cada caso, del cumplimiento de los requisitos legales exigidos para acceder a los beneficios de la ley de justicia y paz.

7. ¿Procede la revocatoria a solicitud de parte contra un acto administrativo que revocó de oficio otro acto administrativo?

Sí procede, a solicitud de parte, tal y como lo plantea la pregunta. También procedería la revocatoria oficiosa del acto administrativo revocatorio, en el evento de que se den las circunstancias concretas correspondientes exigidas por la ley. Dentro del contexto de la consulta la Sala concluye que las autoridades están en la obligación de proceder a la revocatoria de un acto administrativo que revoque de oficio otro, cuando se actuó sin competencia para revocar, o cuando en la expedición del primero se haya violado el derecho fundamental al debido proceso, en tanto no se haya buscado ni obtenido el consentimiento previo, expreso y escrito del titular.

8. Cuando un acto administrativo se profirió en vigencia del CCA (decreto ley 01 de 1984), y la solicitud de revocación se presenta ya en vigencia del CPACA (Ley 1437 de 2011), ¿cuál es el régimen jurídico aplicable para su trámite y decisión?

En la hipótesis de la pregunta el régimen aplicable para el trámite y decisión de la solicitud de revocatoria es la Ley 1437 de 2011.

Preguntas referidas a casos concretos:

6. De considerarse que bajo la Ley 1592 de 2012, el Gobierno nacional mantiene la competencia para retirar la postulación, ¿es entonces el Gobierno nacional competente para conocer y decidir sobre la solicitud de revocación directa de un acto administrativo proferido por el Ejecutivo, por medio del cual se retiró a una persona de la lista de postulados a la Ley de Justicia y Paz, aún después de la expedición de la Ley 1592 de 2012?

Se ha explicado que bajo el imperio de la Ley 1592 de 2012 el Gobierno nacional carece de competencia para retirar la postulación. En consecuencia, si se ha expedido un acto administrativo que retira a un postulado, se observa que el Ejecutivo habría actuado sin competencia y en consecuencia es menester que conozca y decida las solicitudes de revocatoria directa que se formulen contra el acto de retiro, sin perjuicio de que pueda proceder de oficio, como quedó dicho en la respuesta siete (7).

9. La falta del requisito para la postulación consistente en la manifestación de voluntad previa, expresa y por escrito ante el Gobierno nacional de acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005, ¿puede ser subsanada por la ratificación expresa y por escrito de la voluntad de participar en el procedimiento penal especial de justicia y paz realizada ante la Fiscalía General de la Nación, así como la participación efectiva y decidida en el mismo?

El requisito pretermitido durante la etapa administrativa, cuya omisión no impidió la postulación por parte del Gobierno y el consecuente tránsito a la etapa judicial, podría entenderse cumplido en aquellos casos en que exista ratificación expresa y por escrito ante la Fiscalía General de la Nación de la voluntad de participar en el procedimiento penal especial de justicia y paz, si además se participa efectiva y decididamente en el proceso, y siempre que se cumplan los demás requisitos de ley, precisamente porque la concluyente conducta del postulado satisfaría el objeto jurídico perseguido con la exigencia en origen pretermitida, a saber el conocer la voluntad de participación del procesado.

10. De ser afirmativa la respuesta anterior ¿Qué autoridad es competente para declarar subsanado el requisito del acto administrativo de postulación, consistente en la manifestación de voluntad previa, expresa y escrita al Gobierno nacional de acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005? ¿El Gobierno nacional o las Salas de Justicia y Paz?

Por tratarse de un evento que ocurre durante la etapa judicial, corresponde a las salas de justicia y paz en uso de su plena independencia, evaluar si el anotado requisito se ha cumplido.

11. El retiro del proceso penal especial de justicia y paz por medio de un acto administrativo no consultado y no notificado, y en consecuencia la pérdida de la posibilidad de recibir los beneficios penales contemplados en la Ley 975 de 2005 ¿puede entenderse que causa un agravio injustificado, al tenor del artículo 69 del CCA o del artículo 93 del CPCA?

El retiro del proceso especial por medio de un acto administrativo sin que haya precedido vinculación de los afectados a la actuación y sin obtener su consentimiento previo, que da por resultado la pérdida de la posibilidad de recibir los beneficios penales contemplados en la Ley 975 de 2005, configuraría un agravio injustificado en la medida en que un acto ilegal habría vulnerado el debido proceso administrativo y originado la consecuencia de excluir a la persona de la posibilidad de ser beneficiario del proceso especial de justicia y paz.

Remítase al Ministro de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Edgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

5. Traslado de extranjeros condenados en Colombia. Competencia

Radicado 2287

Fecha: 28/09/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 10 de octubre de 2016

El Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala acerca de la autoridad competente para decidir las solicitudes de traslado de condenados extranjeros que son nacionales de países con los cuales Colombia no ha celebrado un tratado internacional en la materia.

I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El artículo 7º del decreto ley 2897 de 2011¹ establece las funciones de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho. Dentro de estas se encuentran las relativas a: i) adelantar los trámites administrativos respectivos, para el desarrollo de las funciones de repatriación, extradición y asistencia judicial, y ii) estudiar, tramitar y proyectar, en coordinación con la Oficina Asesora Jurídica, para la firma del Ministro, los actos administrativos que conceden la repatriación a los colombianos. Por lo tanto, corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho, particularmente al Ministro, aprobar a través de acto administrativo las solicitudes de traslado (repatriación) al territorio colombiano de los nacionales condenados y reclusos en el exterior.

2. Colombia ha suscrito y ratificado con algunos países (Panamá, Costa Rica, Venezuela, Ecuador y España) tratados internacionales para el traslado de personas condenadas, los cuales se han incorporado al ordenamiento jurídico colombiano.

3. En estos tratados se designa al Ministerio de Justicia y del Derecho como la autoridad central que tiene a su cargo el ejercicio de las funciones previstas en los mismos. En esta dirección, le han otorgado al Ministerio la competencia para decidir sobre las solicitudes de repatriación de los colombianos condenados y reclusos en el exterior, y de los extranjeros condenados y reclusos en Colombia.

4. El artículo 1º del Decreto 4328 de 2011² creó la “Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos”. Esta Comisión está integrada por: i) el Ministro de Relaciones Exteriores, quién puede delegar su participación en el Director de Asuntos Migratorios, Consulares y de Servicio al Ciudadano, ii) el Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho o su delegado, y quien la preside, y iii) el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) o su delegado. Asimismo, la Comisión está facultada para invitar a los funcionarios, representantes de las

1 “Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica, las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y se integra el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho”.

2 “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos”.

entidades, expertos y demás personas que considere conveniente para el desarrollo de los fines de la Comisión.

5. La Comisión tiene las funciones de: i) coordinar y orientar el estudio de las solicitudes de repatriación realizadas por colombianos condenados y reclusos en el exterior así como las de los extranjeros condenados y reclusos en Colombia, y ii) recomendar al Ministro de Justicia y del Derecho sobre la decisión a tomar frente a las solicitudes de repatriación sometidas a su consideración.

6. El Decreto 4328 de 2011 estableció también una Secretaría Técnica, la cual está a cargo de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho.

7. No se encuentra ninguna norma en concreto que otorgue la competencia al Ministerio de Justicia y del Derecho para decidir sobre el trámite de repatriación de extranjeros condenados y reclusos en Colombia, que son nacionales de países con los cuales no existe tratado internacional suscrito y ratificado.

8. Sin embargo, considera la autoridad consultante que el Ministerio de Relaciones Exteriores sería la entidad encargada de adelantar, tramitar y decidir, por medio de la suscripción de un canje de notas –o el mecanismo que estime conveniente–, sobre los traslados de ciudadanos extranjeros, que por razones humanitarias, se pretendan hacer con países con los cuales no media un tratado sobre la materia. Lo anterior, teniendo en cuenta que corresponde al referido Ministerio, como organismo rector del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores, articular las acciones de las distintas entidades del Estado en lo concerniente a las relaciones internacionales y la política exterior del país.

De otra parte, luego de realizada una audiencia con los Ministerios de Justicia y del Derecho y de Relaciones Exteriores, este último entregó a la Sala un documento con las siguientes consideraciones:

1. Una lectura armónica de los Decretos 2897 de 2011 y 4328 de 2011 permite concluir que la función de autorizar las solicitudes de repatriación, sin importar la nacionalidad del solicitante, corresponde en cualquier caso al señor Ministro de Justicia y del Derecho.

2. El Decreto 869 de 2016³, a través del cual se establecen las funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, no otorgó a esta autoridad ninguna potestad en materia de repatriaciones.

3. La función de la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, se limita a recomendar los traslados que deben otorgarse con fundamento en los instrumentos legales y los tratados internacionales.

4. El Decreto 4328 de 2011 no diferencia entre el procedimiento que debe adelantarse en los casos en los cuales media un tratado internacional, de aquel que debe surtirse por razones humanitarias.

3 “Por medio del cual se modifica la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores y se dictan otras disposiciones”.

5. Las autorizaciones de repatriación de casos en los que no medie un tratado internacional, como las otorgadas con fundamento en razones humanitarias, deben concederse a través de un acto administrativo.

6. En la decisión adoptada por el Ministerio de Justicia y del Derecho deben establecerse las garantías para el cumplimiento de la sentencia y las condiciones para llevar a cabo la repatriación. No corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores determinar dichos elementos, pues el canje de notas es un mecanismo exclusivamente formal a través del cual se comunica la decisión del Ministerio de Justicia y del Derecho a otro Estado.

7. El Gobierno colombiano tiene la obligación de hacer respetar y garantizar el cumplimiento de las decisiones de los jueces colombianos. Por esta razón, de manera previa a la ejecución de la repatriación aprobada por los Estados, el Gobierno debe, a través de una nota diplomática, solicitar la garantía del cumplimiento de la pena de la persona repatriada. Tanto la nota, como la respuesta deben ser puestas en conocimiento del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. En esta dirección, el Ministerio de Justicia y del Derecho debe pedirle al Ministerio de Relaciones Exteriores que a través de una nota diplomática, proceda a solicitar la garantía de cumplimiento de la pena impuesta.

8. En suma, el Ministerio de Relaciones Exteriores, como canal diplomático, es la entidad competente para remitir las comunicaciones formales del Gobierno nacional a otro Estado, y en consecuencia, en materia de repatriaciones, su competencia se limita a adelantar esta tarea y a participar en la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿A qué autoridad le corresponde la facultad de estudiar, tramitar y decidir sobre las solicitudes de repatriación o traslado de ciudadanos extranjeros condenados en Colombia, y que son de países de los cuales no media un tratado internacional?*

2. *¿Cuáles son las normas aplicables al momento de decidir sobre las solicitudes de que trata el numeral anterior?*

3. *¿Mediante qué acto se debe adoptar la decisión de conceder o negar el traslado de un ciudadano extranjero condenado en Colombia, nacional de un país con el cual no media un tratado internacional?*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Con el propósito de responder a los interrogantes realizados en la consulta, la Sala se referirá inicialmente a: i) la figura del traslado de condenados extranjeros, ii) la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, iii) el concepto de competencia y iv) el principio de legalidad.

a. El traslado de condenados extranjeros

La figura del traslado internacional de condenados extranjeros ha sido concebida por la doctrina como una forma de cooperación penal internacional mediante la cual se hace:

“[E]ntrega de un sentenciado a pena privativa de libertad que el Estado que ha dictado la respectiva condena hace al Estado de la nacionalidad o residencia permanente del condenado – sea a requerimiento del sentenciado, sea a iniciativa de cualquiera de los países interesados – para que la condena pronunciada se cumpla en establecimientos carcelarios del último Estado con la finalidad de evitar los efectos negativos de la extranjería o la falta de arraigo territorial en el período ejecutivo de la sanción”⁴.

Aunque originalmente la transferencia de personas condenadas se consideraba contraria a la soberanía del Estado⁵, a la territorialidad de la ley penal y a la potestad exclusiva del Estado de administrar su sistema penal, actualmente es una práctica aceptada que está dirigida a: i) proteger a los ciudadanos, ii) promover la seguridad pública, y iii) mejorar la cooperación internacional⁶.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado que no existe un derecho a ser repatriado y que la decisión de conferir o no el traslado es una decisión soberana de cada Estado⁷.

1) Razones que justifican el traslado internacional de personas condenadas

La doctrina ha identificado múltiples razones que justifican el traslado internacional de personas condenadas. Entre las más importantes se destacan las siguientes:

i) Es un mecanismo de cooperación internacional: Se ha considerado que el traslado de personas condenadas constituye un mecanismo muy importante de cooperación judicial inte-

4 Horacio Daniel Piombo, citado en Luciane Klein Vieira, El Traslado de Condenados al País de Origen como una Nueva Forma de Cooperación Penal Internacional en el Mercosur, en Revista Da Esmese, n.º 14, 2010, pp. 92-93.

5 “Specialized legal instruments that enable the transfer of sentenced persons from one country to another are surprisingly recent. The reason for this is the overriding role that the doctrine of State sovereignty played in shaping nineteenth-century international relations and its prominence in the criminal law of the period. It was firmly believed that States had the authority to enforce the criminal sentences of their own courts only, making it impossible for them to enforce the sentences of other States, or even for their own courts to impose new sentences based on the factual findings of foreign courts. Increased cooperation between States led to a watering down of the rigid application of the doctrine. The first steps away from it came as a result of bilateral agreements between States. A 1954 judicial convention between Lebanon and the Syrian Arab Republic is credited as being the first such agreement”. [Los instrumentos jurídicos especializados que permiten la transferencia de personas sentenciadas de un país a otro son sorpresivamente recientes. La razón para esto es el rol predominante que la doctrina de la soberanía del Estado jugó al moldear las relaciones internacionales en el siglo diecinueve y su relevancia en el derecho penal de ese período. Se creía firmemente que los Estados tenían únicamente la autoridad para hacer cumplir las sentencias de sus propias cortes, haciendo imposible para ellas ejecutar las sentencias de otros Estados, o aún para sus propias cortes imponer nuevas sentencias basadas en hechos establecidos por otras cortes. Un incremento en la cooperación entre los Estados llevó a moderar la rígida aplicación de la doctrina. Los primeros pasos que se alejaron de ella se produjeron como resultado de acuerdos bilaterales entre Estados. Una convención judicial de 1954 entre el Líbano y la República Árabe Siria es considerada la primera de tales acuerdos] (traducción libre) United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons, 2012, p. 17.

6 “Although transfer was once seen as an infringement of the sovereignty of a State, owing to the territoriality of criminal law and the exclusive right of the State to administer criminal justice, it may now be viewed as a more subtle expression of sovereignty in that it involves relinquishing power in a bid to protect citizens, ensure public security and improve international cooperation. (...) The transfer of sentenced persons is based on respect for both sovereignty and jurisdiction. This respect is demonstrated by the transfer process, which entails elements of reciprocity and mutual trust between States”. [Aunque la transferencia fue vista alguna vez como una infracción de la soberanía de un Estado, debido a la territorialidad de la ley penal y el derecho exclusivo del Estado a administrar justicia, hoy puede ser vista como una ingeniosa expresión de soberanía que envuelve ceder poder en una apuesta por proteger a los ciudadanos, asegurar la seguridad pública y mejorar la cooperación internacional. (...) La transferencia de personas sentenciadas está basada en el respeto tanto de la soberanía como de la jurisdicción. Este respeto se refleja en el proceso de transferencia, el cual envuelve elementos de reciprocidad y confianza mutua entre los Países]. (traducción libre). UNODC, ob. cit., p. 14.

7 “[C]ierto es que no existe un derecho a la repatriación; y (iii) es decisión soberana de cada Estado si acepta o no el traslado”. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de julio de 2015, T-470/15.

nacional⁸ para prevenir y combatir el crimen⁹. Así, por ejemplo, en los “Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional”, adoptados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en la ciudad de Milán, Italia, en el año de 1985 se recomendó:

“Modalidades de la cooperación internacional. 39. Hay que procurar que sean menos engorrosos y más eficaces los medios para la cooperación internacional en cuestiones penales, tales como la extradición (...) el traslado de reclusos extranjeros y la ejecución de sentencias en el extranjero, incluida la vigilancia de personas en libertad condicional en otros países. A fin de promover todavía más la utilización de tales mecanismos en todos los países, y lograr así que la cooperación internacional en la lucha contra el delito sea lo más eficiente posible, las Naciones Unidas deben elaborar instrumentos modelo adecuados para su aplicación en los países interesados y contribuir a la elaboración de acuerdos regionales de carácter general. Además, deben hacerse esfuerzos por fortalecer los acuerdos existentes para la cooperación internacional entre los distintos organismos de los sistemas de justicia penal, a fin de combatir la delincuencia en el plano internacional”.

Asimismo, el Convenio sobre el Traslado de Personas Condenadas de Estrasburgo de 1983, reconoció en su parte motiva el interés de los países signatarios de profundizar la cooperación internacional en materia penal¹⁰.

En el caso colombiano, el traslado de personas condenadas como una forma de cooperación internacional ha sido expresamente reconocido, no solo en los tratados sobre la materia celebrados por nuestro país con Venezuela¹¹, España¹², Panamá¹³, Costa Rica¹⁴ y Cuba¹⁵, sino también por la Corte Constitucional, la cual tuvo la oportunidad de señalar:

8 “De este modo, transponiendo el contexto de la cooperación internacional en general para el ámbito penal, lo que se verifica es que los Estados establecen asistencia mutua por medio del desarrollo de actividades jurisdiccionales reciprocas para la consecución de determinados fines, como medida de política criminal, en donde surgen varios institutos, y entre ellos el del traslado de condenados nacionales a su país de origen, que configura un nuevo procedimiento penal que merece ser analizado con una mirada más atenta”. Klein Vieira, ob. cit., p. 86.

9 “The transfer of sentenced persons is seen to be an important means of cooperation to prevent and combat crime, which is the purpose of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988, the United Nations Convention against Corruption and the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. All three conventions refer to the possibility of concluding agreements to facilitate the transfer of persons convicted abroad of the offences covered by the Conventions to another State to complete their sentence”. [La transferencia de personas sentenciadas es vista como un medio importante de cooperación para prevenir y combatir el crimen, el cual es el propósito de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, y la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado. Todas estas convenciones se refieren a la posibilidad de concluir acuerdos para facilitar la transferencia de personas sentenciadas en el extranjero por crímenes sujetos a la Convención a otro Estado para completar su sentencia]. (Traducción libre). UNODC, ob. cit., pp. 13-14.

10 “Queriendo desarrollar más la cooperación internacional en materia penal”.

11 “Animados por el deseo de fomentar la cooperación en materia penal”. Ley 250 de 1995, por la cual se aprueba el “Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas”, suscrito en Caracas el 12 de enero de 1994.

12 “Deseosos de establecer mecanismos que permitan fortalecer la cooperación judicial internacional. (...) Reconociendo que la asistencia entre las Partes para la ejecución de sentencias penales condenatorias es aspecto importante dentro de la política bilateral de cooperación”. Ley 285 de 1996, por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre el Traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993.

13 “Deseosos de establecer mecanismos que permitan fortalecer y facilitar la cooperación judicial internacional. Reconociendo que la asistencia entre las Partes para el cumplimiento de sentencias penales condenatorias es aspecto importante dentro de la política de cooperación bilateral”. Ley 291 de 1996, por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá, suscrito en Medellín el 23 de febrero de 1994.

14 Ley 404 de 1997, por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito en Santafé de Bogotá D. C., el 15 de marzo de 1996.

15 Ley 597 de 2000, por medio de la cual se aprueba el “Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba”, firmado en La Habana, el catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

“En el mundo contemporáneo, tal mecanismo se reconoce y en consecuencia se afianza cada vez más, como una medida eficaz de colaboración y cooperación entre países, dado el carácter transnacional de un elevado número de tipos delictivos, que exigen de la comunidad internacional el diseño de programas de cooperación tendentes a aunar esfuerzos para contrarrestarlos, programas que deben incluir estrategias que van desde la prevención hasta el desarrollo de acciones concretas, que permitan la rehabilitación y reinserción a la sociedad de los individuos condenados por los mismos, como es el caso del instrumento que se revisa”¹⁶.

ii) Permite al país trasladante superar las dificultades administrativas relacionadas con la detención de una persona extranjera: Igualmente, se ha señalado que el retorno de un condenado a su país de origen, permite al país en donde este se encuentra recluido superar las dificultades administrativas que implica la estadía de una persona extranjera en una cárcel del país, tales como la necesidad contratar o entrenar personal administrativo que hable el idioma del detenido y adoptar prácticas y procedimientos que se adapten a la cultura y costumbres del prisionero, todo lo cual, incrementa los costos del sistema carcelario y genera mayores problemas administrativos¹⁷.

iii) Mejora la eficiencia del trabajo consular: el traslado de personas condenadas hace más eficiente el trabajo consular de los países de los cuales estas son nacionales, pues entre mayor sea el número de personas condenadas en el exterior, su capacidad administrativa y los recursos disponibles para la prestación de servicios consulares será menor y más compleja¹⁸.

iv) Promueve la rehabilitación y resocialización del condenado: Igualmente, el referido traslado contribuye de forma positiva a la rehabilitación y resocialización del condenado¹⁹, aspectos expresamente reconocidos en el artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰. En esta dirección se ha indicado:

“The transfer of foreign sentenced persons to serve their sentences in their home countries is an alternative way of implementing a sentence. (...) sentenced persons who serve their sentences in their home countries can be rehabilitated, resocialized and reintegrated into the community better than elsewhere. This is a positive reason for transferring sentenced persons to a State with which they have social links to serve their sentences. Imprisonment in a foreign country, away from family and friends, may also be counterproductive as families may provide prisoners

16 Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 1996, C-655/96.

17 “Having such a large number of foreign prisoners presents substantial administrative problems to the corrections authorities of sentencing countries. Staff must be hired or trained who speak the languages of the foreign prisoners and accommodation must be made in prison practices and procedures for the different customs, cultural backgrounds, and dietary requirements of such prisoners. For these reasons, the average cost of incarcerating foreign nationals is often significantly higher than for prisoners who are nationals of the sentencing country, and the administrative problems far greater”. [Tener un gran número de prisioneros extranjeros genera problemas administrativos importantes para las autoridades carcelarias de los países que han proferido la sentencia. Debe contratarse o entrenarse personal que hable los idiomas de los prisioneros extranjeros y acomodarse las prácticas y procedimientos de la cárcel a las diferentes costumbres, culturas y dietas de tales prisioneros. Por estas razones, el costo promedio de encarcelar ciudadanos extranjeros es por lo general significativamente más alto que el de prisioneros que son nacionales del país que condena, y los problemas administrativos mayores.]. (traducción libre). Michael Abbell, *International Prisoner Transfer* 2010, 2010, Brill, p. 5.

18 “The countries of nationality of foreign prisoners experience significant difficulties in providing consular services to them as the numbers of such prisoners increase and the funds available to provide consular services become increasingly scarce as the result of government budget cutbacks”. [Los países de la nacionalidad de los prisioneros extranjeros experimentan importantes dificultades para proveer servicios consulares a estos cuando el número de tales prisioneros se incrementa y los fondos disponibles para proveer dichos servicios se vuelven escasos como resultado de los recortes en el presupuesto de los gobiernos]. Ibidem, p. 6.

19 “Así, partiendo del supuesto que la pena tiene un carácter reeducador y de defensa social, la posibilidad de transferir un condenado extranjero a su país de nacionalidad o de residencia habitual, parece la mejor alternativa en el sentido de viabilizar la readaptación social del sentenciado, después del cumplimiento de la pena”. Klein Vieira. Ob. cit., p. 95.

20 “3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

with social capital and support, which improve the likelihood of successful resettlement and reintegration.” [La transferencia de personas extranjeras sentenciadas para que cumplan las sentencias en sus países de origen es una forma alternativa de implementar una sentencia. (...) las personas condenadas que cumplen sus sentencias en sus países de origen pueden ser rehabilitadas, resocializadas y reintegradas dentro de la comunidad mejor que en cualquier otra parte. Esta es una razón positiva para transferir a las personas sentenciadas al Estado con el cual ellas tienen vínculos sociales para cumplir sus condenas. El encarcelamiento en un país extranjero, lejos de su familia y amigos, puede ser también contraproducente porque las familias pueden ofrecer a los prisioneros capital social y apoyo, el cual incrementa la posibilidad de éxito en su reasentamiento y reintegración.](Traducción libre)²¹.

En el derecho internacional, la importancia del traslado de los prisioneros extranjeros a sus países de origen como una forma de promover su reinserción a la sociedad, aparece claramente reconocida en la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero de 1993, en la cual se señaló en su parte motiva:

“ANIMADOS POR EL DESEO de cooperar para asegurar una mejor administración de justicia mediante la rehabilitación social de la persona sentenciada;

PERSUADIDOS de que para el cumplimiento de estos objetivos es conveniente que a la persona sentenciada se le pueda dar la oportunidad de cumplir su condena en el país del cual es nacional; y

CONVENCIDOS de que la manera de obtener estos resultados es mediante el traslado de la persona sentenciada”²²

Igualmente, en el Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros de las Naciones Unidas se indicó:

“Debe promoverse la reinserción social de los delincuentes facilitando, en el plazo más breve posible, el regreso de las personas condenadas por delitos en el extranjero a su país de nacionalidad o residencia para el cumplimiento de su condena. De conformidad con lo señalado, los Estados deben prestarse recíprocamente la mayor cooperación posible”.

En el caso colombiano, el traslado de prisioneros como un instrumento relevante para la rehabilitación y resocialización del condenado, aparece como una de las motivaciones que

21 UNODC, ob. cit., p. 10.

22 En el mismo sentido el Convenio sobre el Traslado de Personas Condenadas de Estrasburgo de 1983 señala: “Considerando que dicha cooperación debe servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas; Considerando que esos objetivos exigen que los extranjeros privados de su libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir su condena en su medio social de origen; Considerando que el mejor medio para ello es trasladarlos a sus propios países”. Asimismo, el Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile indica: “Conscientes de que dichos objetivos de integración deben ser fortalecidos a través de normas que aseguren la mejor realización de la justicia en materia penal mediante la rehabilitación social del condenado; Convencidos de que para el cumplimiento de tal finalidad humanitaria es conveniente que se conceda a la persona del condenado la oportunidad de cumplir su sentencia en el Estado de su nacionalidad o en el de la residencia legal y permanente”.

llevaron a celebrar con Venezuela²³, España²⁴, Panamá²⁵, Costa Rica²⁶ y Cuba²⁷ los correspondientes tratados sobre la materia. Asimismo, la Corte Constitucional ha destacado que la búsqueda de la resocialización de los condenados y la promoción de la cooperación internacional, es afín con la Constitución Política colombiana, toda vez que en un Estado social de Derecho que se fundamenta en la dignidad humana, las penas tienen una función esencialmente resocializadora²⁸.

v) Es un mecanismo para proteger los derechos humanos y las garantías fundamentales del condenado: La repatriación de condenados constituye también un valioso instrumento para que estas personas puedan cumplir con dignidad las sentencias impuestas²⁹.

En esta dirección, por ejemplo, los tratados sobre la materia celebrados por Colombia con otras naciones, señalan esta circunstancia como uno de los motivos que justifican la adopción del instrumento internacional. Así, en el caso del tratado celebrado con Venezuela se estableció:

“Animados por el objetivo común de garantizar la protección de los derechos humanos de los condenados asegurando siempre el respeto de su dignidad”³⁰.

La Corte Constitucional colombiana también ha reconocido que el traslado del condenado a su país de origen es concordante con la Constitución Nacional y los principios de respeto a la dignidad humana y de solidaridad. De esta forma indicó:

“Se exponen en el preámbulo los objetivos que se proponen los Estados partes con la celebración del tratado que se revisa y las razones que fundamentan el acuerdo bilateral, los cuales se contraen al reconocimiento que hacen las dos naciones de la necesidad de propiciar y establecer mecanismos que permitan fortalecer y facilitar la cooperación judicial internacional, mediante la asistencia entre las partes para la ejecución de sentencias penales condenatorias en aspectos importantes dentro de la política de cooperación bilateral tendientes a la reinserción social de los delincuentes, en tanto fin primario de la acción del Estado, propósito que coincide con lo dispuesto en el artículo 1º de nuestra Carta, que consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho que se fundamenta, entre otros, en los principios de respeto a la dignidad humana y de solidaridad y con lo dispuesto en el artículo 93 de la misma, que consagra la pre-

23 “Considerando que dicha cooperación mejorará la eficacia de la administración de justicia y facilitará la rehabilitación social de los penados de ambos Estados. Persuadidos de que con el cumplimiento de la pena en su país de origen se contribuirá a la rehabilitación de los penados”. Ley 250 de 1995.

24 “Considerando que la reinserción es una de las finalidades de la ejecución de condenas”. Ley 285 de 1996.

25 Ley 291 de 1996.

26 Ley 404 de 1997.

27 Ley 597 de 2000.

28 “La Corte considera que esa finalidad del tratado armoniza plenamente con la Carta, no solo por cuanto Colombia está comprometida a promover la cooperación internacional y la integración latinoamericana y del Caribe (CP Preámbulo y arts 9º, 226 y 227) sino además por cuanto en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (C. P. art. 1º), la ejecución de las penas debe tener una función primariamente resocializadora. (...) Ahora bien, la Corte considera que es perfectamente razonable suponer que la repatriación de los presos puede favorecer su resocialización y fomenta la cooperación judicial entre los dos países, por lo cual esta Corporación concluye que el objetivo del tratado, contenido en el Preámbulo del mismo, encuentra claro sustento constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de junio de 1996, C-261/96. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 1996, C-655/96.

29 “De esta forma, claro está que la finalidad principal y que por lo tanto norte el traslado de condenados está vinculada directamente a la protección de los derechos del hombre y de sus garantías fundamentales, una vez que lo que se busca es la aproximación del detenido a su familia y su ambiente social y cultural, como medida de apoyo psicológico y emocional que facilite su rehabilitación después del cumplimiento de la pena”. Klein Vieira, ob. cit., p. 95.

30 Véase igualmente las Leyes 285 de 1996 y 291 de 1996.

valencia de los tratados y convenios que reconocen los derechos humanos y los previsto en el artículo 226 constitucional. Se destaca en esa misma perspectiva la conveniencia de establecer mecanismos de asistencia y cooperación bilateral, que permitan a uno y otro Estado garantizar a sus connacionales, condenados por la comisión de delitos en el Estado transferente, cumplir con dignidad las sentencias que se les impusieron a tiempo que se rehabiliten y se preparen para incorporarse a su núcleo social de origen³¹.

vi) *Es positivo para el bienestar de la familia del sentenciado:* Adicionalmente, el traslado de condenados a su país de origen impacta positivamente en el bienestar de sus familiares, los cuales pueden, en virtud de la detención de este en un país extranjero, sufrir en mayor medida dificultades maritales, económicas, sociales y emocionales³². De allí que encuentre justificación que la Convención Interamericana³³, así como varios de los tratados celebrados por Colombia sobre la materia, dispongan entre los criterios que debe tomar en consideración un Estado para resolver la solicitud de traslado de la persona sentenciada, el relativo a su estado de salud y a sus vínculos familiares³⁴.

vii) *Hace posible que los recursos se utilicen en las necesidades de rehabilitación de los prisioneros nacionales*³⁵.

viii) *Finalmente, el traslado permite que el Estado receptor del condenado pueda controlar a este de manera previa y posterior a su liberación*³⁶.

2) Instrumentos internacionales sobre traslado internacional de prisioneros

En el derecho internacional existen diferentes instrumentos dirigidos a promover o facilitar la transferencia internacional de prisioneros. Así, en el año de 1975, en el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente se recomendó:

31 Corte Constitucional. Sentencia del 20 de mayo de 1998, C-226/98.

32 [Finalmente, el argumento humanitario es también aplicable a las necesidades de la familia y de quienes dependen de la persona sentenciada y detenida en una prisión extranjera mientras ellos permanecen en su país de origen. Investigaciones sugieren que las familias de los prisioneros enfrentan una variedad de desafíos como consecuencia del encarcelamiento del miembro de su familia que incluyen dificultades maritales, problemas financieros y de vivienda, estigmatización social y victimización, soledad, ansiedad y dificultades emocionales. Los hijos del prisionero pueden experimentar daño psicológico y desarrollar problemas de comportamiento. Tales consecuencias indirectas de la detención es altamente probable que empeoren debido a la detención en el extranjero del miembro familiar]. (traducción libre). UNODC, ob. cit., p. 12.

33 “6. Al tomar la decisión relativa al traslado de una persona sentenciada, los Estados Partes podrán considerar, entre otros factores, la posibilidad de contribuir a su rehabilitación social; la gravedad del delito; en su caso, sus antecedentes penales; su estado de salud; y los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tuviere en el Estado sentenciador y en el Estado receptor”.

34 “c) Al tomar sus decisiones cada Estado tendrá en cuenta, entre otros criterios, la gravedad de los delitos, sus características y especialmente si se han cometido con ayuda de una organización delictiva, las posibilidades de reinserción, la edad y salud del condenado, su situación familiar, su disposición a colaborar con la justicia y la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias respecto a las víctimas”. Ley 250 de 1995, artículo 8º. Véase igualmente: artículos 10 de la Ley 285 de 1996 y 8º de la Ley 291 de 1996.

35 “[T]he sentencing State (...) can free up resources that can be devoted to its own prisoners and their rehabilitative needs”. [El Estado que ha condenado (...) puede liberar recursos que pueden ser dedicados a sus propios prisioneros y a sus necesidades de rehabilitación]. (traducción libre). UNODC, ob. cit., p. 13.

36 “Additionally, the administering State is given the opportunity of using its criminal justice system to exercise some control over the prisoner prior to and following release (...). The administering State can assist the prisoner in reintegrating into society, using the tools available through its criminal justice system, thus indirectly benefiting crime prevention and law enforcement”. [Adicionalmente, al Estado receptor le es dada la oportunidad de usar su sistema de justicia criminal para ejercitar algo de control sobre el prisionero de manera previa y luego de su liberación (...). El Estado receptor puede asistir al prisionero en su reintegración a la sociedad, usando las herramientas disponibles de su sistema penal, por lo tanto beneficiando indirectamente la prevención del delito y el orden público.] (traducción libre). Ibidem.

“j) Para facilitar el regreso a su domicilio de las personas que cumplen condenas en países que no sean el suyo, deberían elaborarse políticas y prácticas recurriendo a la cooperación regional y partiendo de arreglos bilaterales”³⁷.

Esta recomendación llevó a que en el Séptimo Congreso celebrado en la ciudad de Milán, Italia, en el año de 1985, se adoptara el Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros. Adicionalmente, puede mencionarse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual señaló en su artículo 17:

*“Traslado de personas condenadas a cumplir una pena. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión o a otra pena de privación de libertad por algún delito comprendido en la presente Convención a fin de que complete allí su condena”*³⁸.

En la misma dirección se pronuncia la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas³⁹ en el numeral 12 del artículo 6º, disposición que establece:

*“Las Partes podrán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, ya sean especiales o generales, sobre el traslado de las personas condenadas a prisión u otra forma de privación de libertad por los delitos a los que se aplica el presente artículo, a fin de que puedan terminar de cumplir sus condenas en su país”*⁴⁰.

Otros instrumentos internacionales que han regulado el punto objeto de estudio son: i) el Convenio sobre traslado de personas condenadas celebrado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983⁴¹, ii) la Convención Interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero del 6 de junio de 1993 y iii) el Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados partes del Mercosur adoptado el 16 de diciembre de 2004.

3) Los tratados internacionales sobre transferencia internacional de prisioneros celebrados por Colombia

Colombia ha celebrado con distintos países tratados internacionales para la repatriación de ciudadanos extranjeros condenados en el país o de nacionales colombianos condena-

37 Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Ginebra 1º al 12 de septiembre de 1975. Informe preparado por la Secretaría, 1976, p. 6.

38 Ley 800 de 2003, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000).

39 Ley 67 de 1993, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988.

40 Igualmente, el artículo 45 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala: “Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión u otra forma de privación de libertad por algún delito tipificado con arreglo a la presente Convención a fin de que cumpla allí su condena”.

41 A nivel europeo se destaca además la Decisión Marco 2008/909/JAI del 27 de noviembre de 2008 proferida por el Consejo de la Unión Europea, decisión “relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea”.

dos en otras naciones. Se refiere la Sala a los tratados acordados con Ecuador⁴², Venezuela⁴³, España⁴⁴, Panamá⁴⁵, Costa Rica⁴⁶ y Cuba⁴⁷. Con México también se celebró un tratado sobre la materia pero su ley aprobatoria⁴⁸ fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-585 de 2014. Los tratados mencionados, sin ser idénticos, comparten una estructura y contenido similar, lo cual permite identificar las siguientes características o rasgos comunes:

a) Se definen los conceptos de: i) Estado trasladante, ii) Estado receptor y iii) persona condenada⁴⁹. En las Leyes 404 de 1997 y 597 de 2000 se define además el término “sentencia”⁵⁰.

b) Se condiciona la posibilidad de traslado al cumplimiento de un conjunto de requisitos. Así por ejemplo, el artículo 3º de la Ley 597 de 2000 señala:

“No podrán acogerse a los beneficios del traslado de personas condenadas:

1. Los nacionales de una Parte que sean residentes permanentes en el territorio de la otra Parte.

2. Los sentenciados por un delito que no esté tipificado, en la legislación de ambas Partes.

3. Quienes tengan pendiente en el Estado Trasladante otros procesos penales.

4. Quienes tengan pendiente en el Estado Trasladante el pago de indemnizaciones por responsabilidad civil, a no ser, que el solicitante demuestre la absoluta incapacidad de cumplir con el pago de la sanción impuesta por motivos de pobreza.

5. Las personas condenadas respecto de las cuales exista una solicitud de extradición hecha por un tercer Estado, que se encuentre en trámite o que haya sido acordada.

42 “Reglamento sobre el Procedimiento de Repatriación de Personas Sentenciadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Ecuador”. Este reglamento se celebró con el propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto en el “Convenio sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves” suscrito el 18 de abril de 1990.

43 Ley 250 de 1995, por medio de la cual se aprueba el “Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas” suscrito en Caracas el 12 de enero de 1994.

44 Ley 285 de 1996, por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre el Traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993.

45 Ley 291 de 1996, por medio de la cual se aprueba el “Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá”, suscrito en Medellín el 23 de febrero de 1994.

46 Ley 404 de 1997, por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el 15 de marzo de 1996.

47 Ley 597 de 2000, por medio de la cual se aprueba el “Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba”, firmado en La Habana, el catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

48 Ley 1688 de 2013, por medio de la cual se aprueba el “Tratado sobre traslado de personas condenadas para la ejecución de sentencias penales entre la República de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos”, suscrito en la ciudad de México el 1o de agosto de 2011.

49 Para los efectos del presente Tratado se entenderá por: 1. “Estado Trasladante” el Estado donde haya sido dictada la sentencia condenatoria y de la cual la persona condenada habrá de ser trasladada. 2. “Estado Receptor” el Estado al cual se traslada la persona condenada para continuar con la ejecución de la sentencia proferida en el Estado Trasladante. 3. “Persona Condenada” es la persona que ha sido condenada por un tribunal o juzgado del Estado Trasladante mediante sentencia, y que se encuentra ya sea en prisión, bajo el régimen de libertad condicional, bajo cualquier otra forma de libertad sujeta a vigilancia, o bajo medidas de seguridad”. Ley 291 de 1996, artículo 2º.

50 “Para los efectos del presente Tratado se entenderá por: 1. “Estado Trasladante”, el Estado donde haya sido dictada la sentencia condenatoria y desde el cual la persona condenada habrá de ser trasladada. 2. “Estado Receptor”, el Estado al cual se traslada la persona condenada para continuar con la ejecución de la sentencia dictada en el Estado Trasladante. 3. “Sentencia”, la decisión judicial definitiva en la que se impone a una persona, como pena por la comisión de un delito, la privación de libertad o restricción de la misma, en un régimen de libertad vigilada, condena de ejecución condicional u otras formas de supervisión sin detención. Se entiende que una sentencia es definitiva cuando no esté pendiente recurso legal ordinario contra ella en el Estado Trasladante, o que el término previsto para tales acciones haya vencido. “Persona condenada”, es la persona en contra de quien se ha proferido sentencia definitiva por un tribunal o juzgado del Estado Trasladante. Ley 597 de 2000, artículo 2º.

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos precedentes, las personas condenadas a quienes se les hubiere negado el traslado, podrán presentar una nueva solicitud ante la autoridad que emitió dicha decisión, siempre y cuando no persistan las causales de denegación y se cumpla con el lleno de los requisitos establecidos para tal fin*⁵¹

Asimismo, el artículo 4º de la misma ley establece:

“1. Las solicitudes presentadas por nacionales de una de las Partes para ser trasladados al país de su nacionalidad deberán ser formuladas por la persona condenada o por su representante legal, ante la Autoridad Central del Estado Trasladante con el lleno de los siguientes requisitos:

a) Que la persona condenada sea nacional del Estado Receptor;

b) Que la persona condenada o, en el caso de los inimputables, su representante legal, solicite expresamente su traslado por escrito;

c) Que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena no sean de tipo político;

d) Que la condena a cumplirse no sea pena de muerte;

e) Que la sentencia mediante la cual se impuso la sanción en ejecución se encuentre en firme, y que no exista, aparte de lo anterior, causa legal alguna que impida la salida del sentenciado del territorio nacional;

f) Que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado Receptor.

*2. El cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Tratado, no implica para los Estados la obligación de conceder el traslado*⁵².

c) Se designa la autoridad central encargada de ejercer las funciones derivadas del tratado. En el caso de Colombia el Ministerio de Justicia y del Derecho ostenta dicha calidad⁵³.

d) Se reconoce la potestad discrecional de los Estados para aceptar o rechazar la solicitud del condenado⁵⁴.

⁵¹ En el mismo sentido el artículo 3º de la Ley 404 de 1997.

⁵² Por su parte la Ley 285 de 1996 establece: “El presente Tratado se aplicará únicamente bajo las siguientes condiciones: 1. Que la persona sentenciada sea nacional del Estado Receptor. 2. Que la persona sentenciada solicite su traslado o en caso de que dicha solicitud provenga del Estado Trasladante o del Estado Receptor, la persona sentenciada manifiesta su consentimiento expresamente y por escrito. 3. Que el delito materia de la condena no sea político. 4. Que la decisión de repatriar se adopte caso por caso. 5. Que los Estados Trasladante y Receptor se comprometan a comunicar a la persona sentenciada las consecuencias legales de su traslado. 6. Que la sentencia condenatoria sea firme y no existan otros procesos pendientes en el Estado Trasladante. 7. Que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan un delito de acuerdo con las normas del Estado Receptor”.

⁵³ “Las Partes designan como autoridades centrales encargadas de ejercer las funciones previstas en este Tratado al Ministerio de Justicia por parte de la República de Venezuela y al Ministerio de Justicia y del Derecho, por parte de la República de Colombia”. Ley 250 de 1995, artículo 5º. En el mismo sentido los artículos 3º de la Ley 285 de 1996, 4º de la Ley 291 de 1996 y 6º de las Leyes 404 de 1997 y 597 de 2000.

⁵⁴ “Tanto el Estado Receptor como el Estado Trasladante tendrán facultad discrecional para conceder o negar el traslado de la persona condenada. Esta decisión es soberana y deberá ser comunicada al interesado”. Ley 404 de 1997, artículo 5º. En el mismo sentido véanse los artículos 5º de la Ley 597 de 2000, 4º de la Ley 291 de 1996 y 7º de la Ley 250 de 1995.

e) En relación con la pena, se establecen importantes restricciones. Así por ejemplo, el artículo 5º de la Ley 404 de 1997 indica:

“2. Para el cómputo de la pena cumplida, el Estado Receptor reconocerá las decisiones o medidas legales proferidas por las autoridades competentes del Estado Trasladante, cuando estas impliquen la reducción de la pena al nacional que ha solicitado el traslado, por factores tales como buena conducta, trabajo o estudio, siempre y cuando estas decisiones o medidas legales sean reconocidas en la Decisión por medio de la cual el Estado Trasladante manifieste su conformidad con el traslado.

3. Sin necesidad de Exequatur, la persona condenada continuará cumpliendo en el Estado Receptor, la pena impuesta en el Estado Trasladante de conformidad con la legislación interna del Estado Receptor.

4. El Estado Trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva con referencia a las sentencias impuestas a las personas condenadas que hayan sido trasladadas.

5. Bajo ninguna circunstancia, la condena impuesta en el Estado Trasladante podrá aumentarse en el Estado Receptor.

6. La situación de la persona condenada no será agravada por el traslado.

7. La persona condenada que sea trasladada para la ejecución de una sentencia no podrá ser investigada, juzgada ni condenada por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada”⁵⁵.

f) Se determinan una serie de criterios para aceptar o rechazar la petición de traslado, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: i) razones humanitarias, como el estado de salud, la edad o la situación familiar del solicitante, ii) las circunstancias agravantes o atenuantes concurrentes en el hecho, iii) la posibilidad de reinserción del condenado, para lo cual debe tomarse en consideración su conducta durante el tiempo en que ha estado recluso, iv) la disposición de la persona a colaborar con la justicia del Estado receptor, v) la satisfacción de las obligaciones pecuniarias respecto de las víctimas, y vi) en general, cualquier otra circunstancia que pueda ser de interés para el efecto⁵⁶.

55 En el mismo sentido el artículo 5º de la Ley 597 de 2000. Por su parte el artículo 4º de la Ley 291 de 1996 establece: “2. El Estado Trasladante por iniciativa propia o previa solicitud escrita del Estado Receptor, podrá conceder subrogados o beneficios penales. Dicha solicitud será motivada de acuerdo con la legislación interna del Estado Receptor. 3. Bajo ninguna circunstancia, la condena impuesta en el Estado Trasladante podrá aumentarse en el Estado Receptor. 4. La persona condenada que sea trasladada para la ejecución de una sentencia no podrá ser investigada, juzgada ni condenada por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada”.

56 “De conformidad con el artículo IV del presente Tratado, las Partes para tomar la decisión de conceder o denegar el traslado de personas para el cumplimiento de sentencias penales, procederán al estudio caso por caso de las solicitudes presentadas y tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La decisión de conceder traslados se realizará gradualmente. 2. Las Partes prestarán especial atención a las personas condenadas a quienes se haya comprobado plenamente que sufren una enfermedad que se encuentra en su fase terminal o sean de avanzada edad. 3. Se valorarán las circunstancias agravantes o atenuantes concurrentes en el hecho. 4. Se estudiarán las posibilidades de reinserción social de la persona condenada, teniendo en cuenta, entre otras, la conducta del condenado durante el tiempo de reclusión. 5. Se analizará cualquier otra circunstancia que por su trascendencia interese ser considerada a los efectos pertinentes”. Ley 597 de 2000, artículo 7º. “Las decisiones de cada estado para aceptar o denegar el traslado serán soberanas y podrán tener en cuenta los siguiente criterios: 1. La decisión de trasladar personas para el cumplimiento de sentencias penales, se adoptará caso por caso. 2. El traslado de personas sentenciadas se realizará de manera gradual. 3. Razones humanitarias como estado de salud del condenado, edad y su situación familiar particular. 4. La disposición de la persona condenada a colaborar con la justicia del Estado Receptor. 5. Circunstancias agravantes o atenuantes de los delitos. 6. Las posibilidades de reinserción social de la persona condenada teniendo en cuenta entre otras la conducta del condenado durante el tiempo de reclusión”. Ley 291 de 1996, artículo 8º.

g) Se establece el trámite para el estudio de la solicitud. En este sentido el artículo 8° de la Ley 404 de 1997 señala:

“TRÁMITE. 1. La persona condenada deberá presentar ante la Autoridad Central del Estado Trasladante, la solicitud de traslado la cual deberá contener la siguiente información:

- a) El nombre, apellidos y documento de identificación del peticionario;*
- b) De ser procedente, la última dirección en el país de su nacionalidad;*
- c) Una exposición de los motivos para solicitar el traslado;*
- d) Nombre del centro en el cual se encuentra recluso;*
- e) Nombre de la autoridad judicial que lo sentenció;*
- f) Fecha de la detención o de la privación de la libertad;*

g) Declaración escrita del condenado en la que manifieste su consentimiento para ser trasladado.

2. Una vez recibida la solicitud de traslado, la Autoridad Central del Estado Trasladante estudiará la información consignada y en caso de que no esté completa, la devolverá al interesado con el fin de que este la complete.

3. Con el fin de comprobar la nacionalidad de la persona condenada, la Autoridad Central del Estado Trasladante enviará a la Autoridad Central del Estado Receptor, la impresión de las huellas dactilares de la persona condenada que solicite el traslado.

Igualmente, remitirá copia de la sentencia definitiva a fin de que la Autoridad Central del Estado Receptor, certifique si la conducta descrita en la sentencia ejecutoriada, también está tipificada como delictuosa en su Estado, así sea con denominación distinta.

4. La Autoridad Central del Estado Receptor, facilitará a la Autoridad Central del Estado Trasladante:

- a) Prueba de la calidad de nacional del condenado de conformidad con la legislación del respectivo Estado;*
- b) Copia de las disposiciones legales del Estado Receptor con base en las cuales los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena en el Estado Trasladante, constituyan una infracción a la ley penal con arreglo al derecho del Estado Receptor.*

5. Luego de revisada la solicitud de traslado y sus anexos, la Autoridad Central del Estado Trasladante deberá complementarla y verificarla con la siguiente documentación:

- a) Un informe sobre la existencia de otros procesos penales;*

b) *Un informe sobre la conducta del penado, el tiempo que ha permanecido efectivamente privado de la libertad por razón del proceso en el que fue condenado y la reducción de la pena a la cual ha tenido derecho, hasta el momento de presentar la solicitud, ya sea por buen comportamiento, reducción por trabajo, estudio, enseñanza, entre otros;*

c) *Informe médico y social acerca del condenado, así como las respectivas recomendaciones a tener en cuenta por el Estado Receptor;*

d) *Un informe acerca de si el condenado es residente permanente.*

6. *Una vez esté completa la información requerida, la Autoridad Central del Estado Traslante dictará una resolución aceptando o denegando la solicitud de traslado, la cual será comunicada al interesado.*

7. *La Autoridad Central del Estado Traslante, remitirá la resolución y la documentación anexa, a la Autoridad Central del Estado Receptor, con el fin de que esta a su vez decida sobre su viabilidad y si faltare algún documento solicitarle su envío.*

8. *El Estado Receptor informará al Estado Traslante a la mayor brevedad posible su decisión de aceptar o denegar el traslado solicitado, a través de la Autoridad Central designada.*

9. *En caso de ser favorable la decisión de las dos Autoridades Centrales, estas procederán al traslado de la persona condenada de acuerdo con lo estipulado en el artículo décimo del presente Tratado.*

10. *La autoridad competente del Estado Receptor determinará el establecimiento carcelario al que deba ser trasladado el condenado. En todo caso, se tomarán en cuenta, entre otros factores como, la gravedad del delito, la capacidad de los centros penitenciarios y las condiciones personales del trasladado*⁵⁷.

h) Se imponen a los Estados las obligaciones de: i) informar a la persona condenada, a quien pueda aplicar el tratado, sobre el contenido de este, así como también las consecuencias jurídicas que emanan de él, ii) informar por escrito al condenado sobre cualquier actuación que haya realizado el Estado receptor o el Estado trasladante en relación a la aplicación del Tratado, al igual que la decisión que se haya tomado concerniente con su solicitud, y iii) intercambiar informes cada seis meses sobre la situación del cumplimiento de la sentencia⁵⁸.

i) Se fijan las condiciones relativas a la entrega del condenado y a la asunción de las cargas económicas derivadas de dicha entrega⁵⁹.

57 En términos similares se pronuncia el artículo 8º de la Ley 597 de 2000.

58 "La Autoridad Central del Estado Traslante informará a las personas condenadas a quienes pueda aplicarse este procedimiento del tenor del presente Tratado, así como de las consecuencias jurídicas que se derivan de él. 2. Deberá informarse por escrito a la persona condenada de cualquier gestión emprendida por el Estado Receptor o el Estado Traslante en aplicación del presente Tratado, así como de cualquier decisión tomada por uno de los dos Estados con respecto a su solicitud de traslado. 3. Las Autoridades Centrales designadas en el artículo VI intercambiarán cada seis meses informes sobre la situación en que se halle el cumplimiento de las sentencias de todas las personas trasladadas o de la ejecución de una sentencia en particular, conforme al presente Tratado". Ley 597 de 2000, artículo 9º. En la misma dirección véase el artículo 9º de la Ley 404 de 1997.

59 "La entrega de la persona sentenciada por las autoridades del Estado Traslante a las autoridades de Estado Receptor se efectuará en el lugar en que convengan las Partes en cada caso. El Estado Receptor se hará cargo de los gastos del traslado desde el momento en que la persona sentenciada quede bajo su custodia". Ley 250 de 1995, artículo 10º. En el mismo sentido véase el artículo 8º de la Ley 285 de 1996. "1. La entrega del condenado por las autoridades del Estado Traslante a las del Estado Receptor se efectuará en el lugar en que convengan las Partes. La definición del lugar

j) Se establecen reglas para la interpretación del tratado. Entre estas se destaca el reconocimiento expreso de que sus disposiciones no implican el derecho de la persona sentenciada a ser trasladada⁶⁰.

b. La Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos

El Decreto 4328 de 2011 regula la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos⁶¹, la cual fue establecida:

“[P]ara la coordinación y orientación del estudio de las solicitudes de repatriación elevadas por los nacionales colombianos condenados y reclusos en el exterior, y por los extranjeros condenados y reclusos en Colombia, en virtud de los tratados suscritos y ratificados por Colombia”⁶².

En esta dirección, el artículo 3º del referido decreto otorgó a la Comisión la función de:

“[E]studiar y recomendar al Ministro de Justicia y del Derecho sobre la decisión a tomar frente a las solicitudes de repatriación que sean sometidas a su consideración por conducto de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, con fundamento en los instrumentos legales y en observancia de los tratados internacionales”.

La Comisión, la cual se reúne ordinariamente de forma trimestral⁶³, se encuentra integrada por: i) el Ministro de Relaciones Exteriores, o su delegado, ii) el Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho, o su delegado y iii) el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), o su delegado. Asimismo, pueden ser invitados a participar funcionarios, representantes de entidades, expertos y demás personas que la Comisión considere conveniente para el desarrollo de su función⁶⁴.

de entrega deberá ser convenida caso por caso. 2. El Estado trasladante se hará cargo de los gastos del traslado de la persona condenada hasta el momento de su entrega a las autoridades competentes del Estado Receptor. 3. El Estado Receptor se hará cargo de los gastos del traslado desde el momento en que la persona condenada quede bajo su custodia”. Ley 291 de 1996, artículo 10º. “La entrega de la persona condenada por las autoridades del Estado Traslado, a las autoridades del Estado Receptor, se efectuará en el territorio del Estado Traslado. El Estado Receptor, de acuerdo con su legislación interna, se hará cargo de los gastos de traslado y asumirá la responsabilidad del control desde el momento en que la persona condenada quede bajo su custodia”. Ley 597 de 2000, artículo 10.

60 “1. Ninguna de las disposiciones contenidas en este Tratado puede ser interpretada en el sentido de que se atribuya a la persona condenada un derecho al traslado. 2. Las dudas o controversias que pudieran surgir en la interpretación o ejecución del presente Tratado serán resueltas directamente, y de común acuerdo por las Autoridades Centrales definidas en el artículo sexto del presente Tratado. 3. Las Partes podrán suscribir acuerdos en desarrollo de este Tratado cuando se requiera facilitar el cumplimiento del mismo”. Ley 404 de 1997, artículo 11. En la misma dirección véase el artículo 11 de la Ley 597 de 2000. “1. Ninguna de las disposiciones contenidas en este Tratado puede ser interpretada en el sentido de que se atribuya a la persona condenada un derecho al traslado. 2. Las dudas o controversias que pudieran surgir en la interpretación o ejecución del presente Tratado serán resueltas directamente, y de común acuerdo por las autoridades centrales definidas en el artículo 4o., numeral 5o. del presente Tratado”. Ley 291 de 1996, artículo 11º. Véase también los artículos 11 de la Ley 250 de 1995 y 9º de la Ley 285 de 1996.

61 Anteriormente el Decreto 2482 de 1994 se refería a este Comité en los siguientes términos: “Créase el Comité Interinstitucional para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Nacionales Colombianos condenados en el Exterior así como el traslado de extranjeros condenados en Colombia, presentadas en virtud de los Tratados Internacionales suscritos sobre la materia, como un organismo asesor y coordinador de carácter permanente adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho”. Artículo 1º.

62 Decreto 4328 de 2011, artículo 1º.

63 “La Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos celebrará sesiones ordinarias trimestralmente, pero podrá reunirse extraordinariamente cada vez que, en razón de una circunstancia excepcional, sea convocada por conducto de la Secretaría Técnica”. *Ibidem*, artículo 6º.

64 *Ibidem*, artículo 2º.

La Comisión cuenta con el apoyo de una Secretaría Técnica a cargo de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho. Esta Secretaría tiene como funciones:

“Citar a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos a las respectivas sesiones ordinarias o extraordinarias.

Presentar a los integrantes los expedientes de todas las solicitudes de repatriación sometidas a consideración de la Comisión.

Levantar las actas de cada una de las sesiones de la Comisión.

Servir de enlace entre la Comisión y las entidades que hacen parte de la misma.

Custodiar los documentos que se deriven de la función desempeñada por la Comisión.

Las demás que sean necesarias para el buen desarrollo de la Comisión”⁶⁵.

c. El principio de legalidad y la competencia

La actividad administrativa se cimienta en dos conceptos fundamentales: i) la competencia y ii) el principio de legalidad.

La primera, la cual constituye un elemento esencial para la validez de los actos administrativos, ha sido entendida como:

“[L]a esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente”⁶⁶.

En el mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado la ha definido como la aptitud otorgada por la Constitución o la ley a las autoridades, para manifestar válidamente la voluntad del Estado a través de la vía administrativa⁶⁷.

La competencia se caracteriza por ser irrenunciable, improrrogable y expresa⁶⁸. Asimismo, debe tener origen o derivarse de una norma jurídica, lo cual impide que resulte de la volun-

65 Ibidem, artículo 5º.

66 Roberto Dromi, Acto Administrativo. Ciudad Argentina, Hispania Libros, 2008, p. 57.

67 “La competencia es la aptitud atribuida por la Constitución o la Ley a los Entes Públicos o a los particulares para que manifiesten válidamente la voluntad estatal por vía administrativa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de junio de 2008, Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07).

68 “Tal facultad es expresa, irrenunciable e improrrogable y debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano o funcionario que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación o sustitución previstos por las disposiciones normativas pertinentes”. Ibidem.

tad caprichosa de la administración o del ciudadano⁶⁹. De allí que no puedan reconocerse competencias por vía analógica o por extensión⁷⁰.

Por su parte, el principio de la legalidad, el cual se encuentra íntimamente ligado al de competencia, implica o conlleva que la autoridad administrativa únicamente pueda desplegar su acción sobre aquellas materias en las cuales ha sido habilitada por la Constitución⁷¹ y la ley⁷². En esta dirección, la jurisprudencia ha definido este principio bajo los siguientes términos:

“El principio de legalidad, en palabras sencillas, en sus orígenes, consistió tan solo en la sujeción de toda actividad estatal a un sistema objetivo, igualitario y previsible de normas jurídicas de carácter general emanadas del órgano de representación popular. Al respecto, no se puede perder de vista que el principio de legalidad ha sido objeto de diferentes construcciones dogmáticas, siendo un concepto evolutivo.

Así, en algunos casos se consideró a la ley como fundamento previo y necesario de toda actividad estatal (vinculación positiva), en donde siempre se requiere de una ley habilitadora para que aquella se pueda desarrollar válidamente, o como simple límite externo o frontera de las competencias estatales, en la medida en que el Estado puede realizar con discrecionalidad su actividad, salvo en las áreas en donde exista una regulación legal (vinculación negativa).

Una segunda forma de concebir el principio de legalidad implica reconocer que los demás poderes, en ausencia de regulación constitucional, están sometidos a lo que establezca el legislador. En tal sentido, el principio de legalidad implica la sujeción plena de la administración, y de los demás poderes públicos, a la ley, tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de su potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella habrá de sujetarse⁷³.

69 “En otros términos, la competencia se halla establecida en interés público y surge de una norma estatal, no de la voluntad de los administrados, ni del órgano institución, ni del órgano individuo. El órgano-institución no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio, en los términos que la norma respectiva establezca”. Dromi, ob. cit., p. 60.

70 “No obstante, las atribuciones y competencias de los órganos estatales en un Estado de Derecho no solo deben ser Constitucionales o legales sino igualmente deben ser preexistentes y explícitas. Estas características son las que reafirman el sometimiento del Estado al Derecho y por ende evita de manera tajante el abuso y el desafuero de los órganos estatales respecto de sus facultades constitucionales o legales. En este mismo orden de ideas, en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas. Situaciones estas en contravía del Estado de Derecho como principio constitucional. La exigencia de que en un Estado de Derecho las competencias tengan que ser expresadas se fundamenta en la necesidad de establecer reglas de juego claras entre las autoridades y los gobernados, con el fin de salvaguardar y proteger las libertades y demás derechos y bienes de las personas y, en últimas, evitar la arbitrariedad de los gobernantes y de los órganos estatales”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de mayo de 2007, C-319/07.

71 “Desde esta perspectiva, el principio de legalidad exige que la actividad estatal tenga como fundamento la Constitución (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2008, C-335/08.

72 “Se ha de entender entonces que el principio de legalidad en su concepción positiva: la Administración solo puede hacer aquello para lo que está facultada o habilitada por la ley, por el ordenamiento”. José Esteve Pardo, Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial Pons, 2011, p. 100. Para Hartmut Maurer el principio de la legalidad se encuentra íntimamente ligado con los principios de primacía de la ley y reserva de ley. En esta dirección señala frente al primero que: “este principio expresa la sujeción de la Administración a las leyes existentes y significa –en sentido positivo– que aquella debe actuar conforme a las mismas, y –en sentido negativo– no debe adoptar ninguna medida que las contradiga... Según el principio de reserva de ley, la Administración solo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley. Este principio exige, pues, algo más que el de la primacía de la ley. Mientras que este último prohíbe simplemente la violación de las leyes existentes, aquel impone más allá de eso la existencia de un fundamento legal para la actividad administrativa. La ausencia de una ley excluye la actuación administrativa, no en virtud del principio de primacía, sino en razón del principio de reserva”. Hartmut Maurer, Derecho Administrativo, (Gabriel Doménech Pascual y otros, traduc.), Marcial Pons, 2011, pp. 149-150.

73 Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2008, C-335/08.

El principio de legalidad constituye un principio rector del ejercicio del poder⁷⁴, es un elemento fundamental del Estado de Derecho⁷⁵ y representa una herramienta para proteger la libertad y la democracia, así como también para garantizar el ejercicio de las funciones de control⁷⁶. Igualmente, encuentra fundamento constitucional en el artículo 121 de la Constitución, mandato que señala que ninguna autoridad puede ejercer funciones diferentes a las determinadas en la ley y la Constitución⁷⁷. Con todo, existen otras normas constitucionales que lo sustentan también, tales como los artículos 122⁷⁸, 123⁷⁹ y 230⁸⁰.

El principio de legalidad conlleva importantes consecuencias en materia normativa. Así, la jurisprudencia ha indicado que, aunque no deben existir normativas deficientes en el ejercicio de funciones públicas⁸¹, el reconocimiento de una competencia puede derivarse de cláusulas y parámetros generales de acción. En esta dirección señaló:

“El significado del principio de legalidad, al menos en lo referido su dimensión de deber de sujeción a la ley por parte de las autoridades públicas, puede entonces manifestarse de diferentes maneras. Para esta Corporación, la comprensión constitucional adecuada de esta dimensión implica, de una parte, la prohibición de regulaciones deficientes para el ejercicio de funciones públicas. 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. Con toso (sic), esta prohibición no implica que ante el ejercicio de cualquier actividad relacionada con el ejercicio de funciones públicas, deba contarse con un régimen jurídico completamente detallado y exhaustivo”

(...) Conforme a lo expuesto, cabe señalar que el principio de legalidad demanda que el despliegue de las tareas y actividades exigidas para el cumplimiento de una función pública por parte de autoridades estatales o de particulares, cuente con una regulación previa y suficiente que permita identificar de manera adecuada su alcance. Es importante reiterar que, a partir del principio de legalidad, no puede sentarse la exigencia de que la totalidad de las actuaciones

74 “Esta Corporación ha señalado que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de mayo de 2011, C-444/11.

75 “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”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2008, C-335/08.

76 “El principio de legalidad se articula de manera directa con varias exigencias de la Constitución Política. Constituye una de las formas más importantes de aseguramiento de la libertad en tanto impide realizar intervenciones que la restrinjan sino existe una disposición que así lo autorice (principio de legalidad como forma de proteger la libertad). Adicionalmente, en tanto la ley a la que se somete el ejercicio de la función pública ha sido aprobada por órganos suficientemente representativos, se asegura el carácter democrático del Estado (principio de legalidad como forma de proteger la democracia). Igualmente, el principio de legalidad constituye un referente ineludible a efectos de orientar las actividades de los organismos a los que les han sido asignadas funciones de control respecto del comportamiento de las autoridades públicas (principio de legalidad como forma de garantizar el ejercicio de control y la atribución de responsabilidades)”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de junio de 2012, C-414/12.

77 “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

78 “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)”.

79 “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

80 “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”.

81 “Es evidente que la identificación de límites entre una regulación deficiente y una regulación exhaustiva y detallada del ejercicio de funciones públicas, no es en todos los casos clara. Una regulación resultará deficiente en aquellos eventos en los cuales el ejercicio de las actividades a cargo de la autoridad pública titular de la función carezca de parámetros que la orienten y permitan prevenir, con seguridad suficiente, la dirección que puede adoptar la conducta del servidor público que la concreta. La deficiencia de la regulación legislativa estará determinada también en función del área que se regula, de manera tal que no se podrá establecer idéntico estándar cuando se trata de regular el ejercicio de la función de una autoridad judicial en materia penal o tributaria, que cuando ello se haga, por ejemplo, respecto de una autoridad municipal en materia de control del espacio público. Asimismo, podrán existir diferencias respecto del grado de exhaustividad de la regulación de la función cuando se trate de entidades públicas o cuando se refiere a particulares a quienes se atribuye una función de tal naturaleza dado que, en el primer caso, existe previamente una regulación amplia sobre su modo de actuar al paso que, en el segundo, esa regulación podría ser escasa”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de junio de 2012, C-414/12.

*nes públicas deban agotarse en las disposiciones jurídicas. De hecho, la complejidad de las funciones asumidas por el Estado obliga a que un gran número de ellas se encuentren establecidas en cláusulas generales que atribuyen competencias y establecen parámetros generales de acción*⁸².

d. El caso concreto

Para responder a las preguntas planteadas en la consulta, es necesario analizar las funciones de: i) la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, ii) el Ministerio de Justicia y del Derecho, y iii) el Ministerio de Relaciones Exteriores.

A partir de dicho estudio, la Sala podrá determinar cuál es la autoridad competente para: i) tramitar, ii) estudiar y iii) decidir las solicitudes de repatriación realizadas por ciudadanos extranjeros condenados en Colombia, que son nacionales de países con los cuales Colombia no ha celebrado un tratado sobre la materia.

Con este objetivo, se analizan a continuación cada una de dichas acciones.

1) El trámite de las solicitudes

La competencia para tramitar las solicitudes de traslado de extranjeros condenados en el país se encuentra radicada en la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho. Dicha competencia se deriva del artículo 7º del Decreto 2897 de 2011, el cual le otorgó a esta dependencia la función de:

“8. Adelantar los trámites administrativos respectivos, para el desarrollo de las funciones de repatriación, extradición y asistencia judicial”.

Debe destacarse que la norma no hace distinción entre peticiones hechas por ciudadanos extranjeros de países con los cuales Colombia ha celebrado un tratado internacional para el traslado de prisioneros, de aquellas realizadas por nacionales de países con los cuales no existe dicho tratado, lo cual permite concluir que la señalada Oficina debe ejercer la competencia en todos los casos.

Adicionalmente, la competencia de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho para tramitar las solicitudes realizadas por extranjeros nacionales de países con los cuales Colombia ha celebrado un tratado internacional sobre la materia, se reafirma en atención: i) al artículo 3º del Decreto 4328 de 2011, el cual señala que la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos estudia y recomienda las solicitudes “sometidas a su consideración por conducto” de dicha oficina, y ii) su calidad de entidad a cargo de la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial⁸³, en virtud de la cual desempeña las siguientes tareas:

82 Ibidem.

83 “La Secretaría Técnica será ejercida por la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho”. Decreto 4328 de 2011, artículo 4º.

“Citar a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos a las respectivas sesiones ordinarias o extraordinarias.

Presentar a los integrantes los expedientes de todas las solicitudes de repatriación sometidas a consideración de la Comisión.

Levantar las actas de cada una de las sesiones de la Comisión.

Servir de enlace entre la Comisión y las entidades que hacen parte de la misma.

Custodiar los documentos que se deriven de la función desempeñada por la Comisión.

Las demás que sean necesarias para el buen desarrollo de la Comisión”.

En suma, la autoridad competente para tramitar las solicitudes de repatriación de extranjeros sentenciados y reclusos en Colombia es la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, competencia que debe ejercer tanto en peticiones elevadas por nacionales de países con los cuales se ha celebrado un tratado internacional sobre la materia, como en aquellas realizadas por ciudadanos de países con los cuales no existe tal tratado.

2) Estudio y decisión de la solicitud de repatriación

En relación a la potestad para estudiar y decidir las solicitudes de repatriación debe también distinguirse entre: i) peticiones hechas por nacionales de países con los cuales existe un tratado internacional, y ii) peticiones realizadas por extranjeros de países con los cuales no existe dicho tratado.

a) Peticiones realizadas por nacionales de países con los cuales existe un tratado internacional

En el caso de este tipo de solicitudes, no hay duda de que la competencia para su estudio se encuentra en cabeza de la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, en atención a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 4328 de 2011, norma que establece que esta Comisión tiene la función de:

“[E]studiar y recomendar al Ministro de Justicia y del Derecho sobre la decisión a tomar frente a las solicitudes de repatriación que sean sometidas a su consideración por conducto de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, con fundamento en los instrumentos legales y en observancia de los tratados internacionales”.

De esta disposición se observa con claridad que la potestad de la Comisión consiste en: i) estudiar las solicitudes de repatriación y ii) recomendar al Ministro de Justicia y del Derecho la decisión que debe adoptarse frente a las mismas.

Ahora bien, aunque en un principio pudiera pensarse que la Comisión ejerce sus potestades de forma general, pues en la parte motiva del Decreto de su creación no se hizo distinción

alguna⁸⁴, es necesario concluir que estas se restringen a las solicitudes elevadas por nacionales extranjeros de países con los cuales existe un tratado internacional. Lo anterior obedece a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 4328 de 2011, norma que establece:

“Créase la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, para la coordinación y orientación del estudio de las solicitudes de repatriación elevadas por los nacionales colombianos condenados y reclusos en el exterior, y por los extranjeros condenados y reclusos en Colombia, en virtud de los tratados suscritos y ratificados por Colombia”.

Por consiguiente, la Comisión se creó con el propósito de que existiera un órgano que permitiera el estudio coordinado y orientado de las solicitudes de repatriación realizadas “en virtud de los tratados suscritos y ratificados por Colombia”, por lo que sus facultades se limitan a esta clase de peticiones.

En lo que respecta a la competencia para decidir las solicitudes, esta se encuentra en principio en cabeza del Ministerio de Justicia, como consecuencia de lo ordenado por el artículo 3º del Decreto 4328 de 2011.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración lo acordado en el respectivo tratado. Así por ejemplo, en las Leyes 404 de 1997⁸⁵ y 597 de 2000⁸⁶ se determinó que la decisión debía ser adoptada por el Ministerio de Justicia y del Derecho en su calidad de autoridad central.

b) Peticiones realizadas por nacionales de países con los cuales no existe un tratado internacional

En lo que se refiere a esta clase de peticiones, la autoridad competente para adelantar su estudio y resolución será el Ministerio de Justicia y del Derecho. Lo anterior, en virtud de una interpretación sistemática de las normas que regulan sus funciones.

En efecto, el artículo 1.1.1.1. del Decreto 1069 de 2015 establece que el referido Ministerio tiene la calidad de órgano rector del Sector Justicia y del Derecho, y en consecuencia, le corresponde, entre otras funciones, la de formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública en materia de: i) lucha contra la criminalidad, ii) prevención y control del delito y iii) asuntos carcelarios y penitenciarios⁸⁷.

84 “Que con el fin de contar con una orientación y coordinación superior sobre la conveniencia y procedencia de la aceptación de las solicitudes de repatriación tanto de ciudadanos colombianos condenados y reclusos en el extranjero, como de extranjeros condenados y reclusos en Colombia, resulta procedente crear una Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos”.

85 “Las Partes designan como Autoridades Centrales encargadas de ejercer las funciones previstas en este Tratado, al Ministerio de Justicia y del Derecho por parte de la República de Colombia y al Ministerio de Justicia y Gracia por parte de la República de Costa Rica”. Artículo 6º. “Una vez esté completa la información requerida, la Autoridad Central del Estado Trasladante dictará una resolución aceptando o denegando la solicitud de traslado, la cual será comunicada al interesado”. Artículo 8º.

86 “Las Partes designan como Autoridades Centrales encargadas de ejercer las funciones previstas en este Tratado, al Ministerio de Justicia y del Derecho por parte de la República de Colombia, y al Ministerio de Justicia por parte de la República de Cuba”. Artículo 6º. “Una vez esté completa la información requerida, la Autoridad Central del Estado Trasladante emitirá su decisión aceptando o negando la solicitud de traslado, la cual será comunicada al interesado”. Artículo 8º.

87 “El Ministerio de Justicia y del Derecho como cabeza del Sector Justicia y del Derecho formula, adopta, dirige, coordina y ejecuta la política pública en materia de ordenamiento jurídico, defensa y seguridad jurídica, acceso a la justicia formal y alternativa, lucha contra la criminalidad, mecanismos judiciales transicionales, prevención y control del delito, asuntos carcelarios y penitenciarios, promoción de la cultura de la legalidad, la concordia y el respeto a los derechos, la cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo. Asimismo coordina las relaciones entre la Rama Ejecutiva, la Rama Judicial, el Ministerio Público, los organismos de control y demás entidades públicas y privadas, para el desarrollo y consolidación de la política pública en materia de justicia y del derecho”.

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2897 de 2011 al determinar las funciones del Ministerio y sus funcionarios, señaló que a este correspondería:

1. Articular la formulación, adopción, ejecución y evaluación de la política pública del Sector Administrativo de Justicia y del Derecho. (...)

6. Diseñar, hacer seguimiento y evaluar la política en materia criminal, carcelaria y penitenciaria, en la prevención del delito y las acciones contra la criminalidad organizada”.

Por su parte el artículo 6º dispuso como función del Ministro de Justicia:

“11. Promover en colaboración con las entidades estatales competentes, la cooperación judicial y técnica en los asuntos de su competencia.

A su vez, el artículo 7º consagró como funciones de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio las siguientes:

“1. Apoyar la política general en materia de asistencia judicial internacional.

2. Participar en las negociaciones para la adopción y suscripción de instrumentos internacionales en temas del Sector Administrativo de Justicia y del Derecho, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores. (...)

5. Ejercer la Secretaría Técnica del Comité de Repatriaciones de que trata el Decreto 2482 de 1994. (...)

7. Apoyar al Ministro en el ejercicio de funciones de autoridad central en materia de cooperación judicial.

8. Adelantar los trámites administrativos respectivos, para el desarrollo de las funciones de repatriación, extradición y asistencia judicial.

9. Estudiar, tramitar y proyectar, en coordinación con la Oficina Asesora Jurídica, para la firma del Ministro, los actos administrativos que conceden la repatriación a los colombianos”.

Del régimen legal anterior, se desprende con claridad que el Ministerio de Justicia y del Derecho es la autoridad administrativa encargada de los asuntos en materia criminal, carcelaria y penitenciaria. Por consiguiente, encuentra la Sala que:

i) Si el Ministerio de Justicia y del Derecho tiene a su cargo las funciones de: a) formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar las políticas en materia criminal, carcelaria y penitenciaria, b) adelantar los trámites administrativos relativos a la repatriación, extradición y asistencia judicial, c) promover la cooperación judicial en asuntos de su competencia, y ii) el traslado de condenados extranjeros constituye precisamente una forma de cooperación judicial en materia carcelaria y penitenciaria, es dable concluir que corresponde a este Ministerio la decisión de estudiar y decidir las solicitudes de repatriación realizadas por personas

condenadas y recluidas en Colombia, que son ciudadanos de países con los cuales no se ha celebrado un tratado internacional sobre la materia.

La respectiva decisión debe ser adoptada por el Ministro de Justicia y del Derecho, en su calidad de jefe de la administración de esta entidad⁸⁸, a través de una resolución, que es el acto administrativo⁸⁹ que de acuerdo a la doctrina, deben expedir las autoridades administrativas diferentes al Presidente de la República cuando ejercen sus funciones⁹⁰.

Ahora bien, en atención a que no existe una norma que regule la actuación del Ministerio de Justicia y del Derecho para tramitar, estudiar y decidir las solicitudes de repatriación realizadas por los condenados extranjeros con los cuales Colombia no tiene un tratado internacional para el efecto, dicho vacío debe llenarse a través de la figura de la analogía, la cual se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887⁹¹, y que permite, cuando en un caso concreto no exista una ley exactamente aplicable, acudir a leyes que regulen casos o materias semejantes⁹².

En esta dirección, debe acudirse a lo dispuesto en las Leyes 250 de 1995, 285 de 1996, 291 de 1996, 404 de 1997 y 597 de 2000, normativas a través de las cuales se adoptaron, con ciertos países, acuerdos internacionales para el traslado de personas condenadas a su país de origen.

Dentro de este marco, y aplicando analógicamente las señaladas leyes aprobatorias de los tratados sobre la materia, considera la Sala que, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales de la persona condenada, así como el efectivo cumplimiento de la pena en el país receptor, el acto administrativo debe referirse, al menos, a los siguientes aspectos:

i) La posibilidad de conceder a la persona trasladada cualquier decisión o medida legal que implique una reducción de la pena o la medida de seguridad⁹³.

88 “Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”. Constitución Política, artículo 208. “La dirección de los ministerios corresponde al Ministro, quien la ejercerá con la inmediata colaboración del viceministro o viceministros”. Ley 489 de 1998, artículo 60.

89 “Para desarrollar el anterior interrogante se hace necesario poner de presente que un acto administrativo efectivamente es la manera en que la administración manifiesta unilateralmente su voluntad, provocando efectos jurídicos que crean, modifican o extinguen situaciones de los afectados”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 31 de julio de 2014, Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00338-01. Respecto a su clasificación, la jurisprudencia ha señalado: “la Sala trae a colación la diferencia que existe entre el acto preparatorio o de trámite y el acto definitorio, siendo el primero el que contiene una decisión que se produce con el fin de impulsar la actuación hacia su conclusión, por lo cual no tiene contenido definitorio sobre el fondo del asunto, y el segundo - el acto administrativo definitivo- el que se constituye por una manifestación de voluntad, en ejercicio de la función administrativa, en orden a crear, modificar o extinguir una situación jurídica”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de marzo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00005-00(36317).

90 “Las autoridades administrativas nacionales diferentes del presidente de la república ejercen sus funciones por medio de actos que se llaman comúnmente resoluciones y que pueden ser tanto de carácter general como de carácter individual”. Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo. 18ª edición, Editorial Temis S. A., 2013, p. 477.

91 “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

92 “En nuestro ordenamiento la analogía es entonces, la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella. Anota el Despacho, que la consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de esta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 4 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01059-00(4674-15).

93 “El Estado Trasladante o el Estado Receptor con consecuencia del Trasladante, podrán conceder la amnistía, el indulto, la conmutación de la pena o medida de seguridad o adoptar cualquier decisión o medida legal que entrañe un reducción de la pena o medida de seguridad. Las solicitudes del Estado Receptor serán fundadas y examinadas benévolamente por el Estado Trasladante”. Ley 250 de 1995, artículo 3º. “2. El Estado Trasladante por iniciativa propia o previa solicitud escrita del Estado Receptor, podrá conceder subrogados o beneficios penales. Dicha solicitud será motivada de acuerdo con la legislación interna del Estado Receptor”. Ley 291 de 1996, artículo 4º. “2. Para el cómputo de la pena cumplida, el Estado Receptor reconocerá las decisiones o medidas legales proferidas por las autoridades competentes del Estado Trasladante, cuando estas impliquen la

ii) La prohibición de que la persona trasladada pueda ser detenida, procesada o condenada en el Estado receptor por la misma causa que motivó la sentencia a ejecutarse⁹⁴.

iii) La restricción de que el Estado receptor aumente la condena impuesta por Colombia⁹⁵.

iv) La manifestación de que Colombia mantendrá jurisdicción exclusiva respecto de las sentencias impuestas a la persona trasladada⁹⁶.

v) La obligación de que tanto Colombia como el país receptor informen a la persona condenada de las condiciones legales para su repatriación⁹⁷.

vi) La determinación de la forma como Colombia y el Estado receptor distribuirán y asumirán el costo económico del traslado⁹⁸.

vii) La prohibición de que la situación de la persona condenada se agrave con el traslado⁹⁹.

viii) La obligación del país receptor de informar a Colombia, cada seis meses, sobre la situación en que se halle el cumplimiento de la condena de la persona repatriada¹⁰⁰.

Esta información es particularmente importante¹⁰¹ teniendo en cuenta que el artículo 51 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 42 de la Ley 1709 de 2014, señala:

reducción de la pena al nacional que ha solicitado el traslado, por factores tales como buena conducta, trabajo o estudio, siempre y cuando estas decisiones o medidas legales sean reconocidas en la Decisión por medio de la cual el Estado Trasladante manifieste su conformidad con el traslado". Ley 404 de 1997, artículo 5°. "2. Para el cómputo de la pena cumplida, el Estado Receptor reconocerá las decisiones o medidas legales proferidas por las autoridades competentes del Estado Trasladante, cuando estas impliquen la redención de la pena al nacional que ha solicitado el traslado, por factores tales como buena conducta, trabajo o estudio, siempre y cuando estas decisiones o medidas legales sean reconocidas en la decisión por medio de la cual el Estado Trasladante manifieste su conformidad con el traslado". Ley 597 de 2000, artículo 5°.

94 "La persona sentenciada trasladada para la ejecución de una sentencia conforme al presente Tratado no podrá ser detenida, procesada ni condenada en el Estado Receptor por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada". Ley 250 de 1995, artículo 3°. Ley 291 de 1996, artículo 4°. Ley 404 de 1997, artículo 5°. Ley 597 de 2000, artículo 5°.

95 "Bajo ninguna circunstancia, la condena impuesta en el Estado Trasladante podrá aumentarse en el Estado Receptor". Ley 250 de 1995, artículo 3°. Ley 291 de 1996, artículo 4°. Ley 404 de 1997, artículo 5°. Ley 597 de 2000, artículo 5°.

96 "El Estado Trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva con referencia a las sentencias impuestas a las personas condenadas que hayan sido trasladadas". Ley 404 de 1997, artículo 5°. "El Estado Trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva con respecto a las sentencias impuestas a las personas condenadas que hayan sido trasladadas". Ley 597 de 2000, artículo 5°.

97 "Que los Estados Trasladante y Receptor se comprometan a comunicar a la persona sentenciada las condiciones legales de su traslado". Ley 250 de 1995, artículo 3°. "5. Que los Estados Trasladante y Receptor se comprometan a comunicar a la persona sentenciada las consecuencias legales de su traslado". Ley 285 de 1996, artículo 4°.

98 "El Estado Receptor se hará cargo de los gastos del traslado desde el momento en que la persona sentenciada quede bajo su custodia". Ley 250 de 1995, artículo 10°. En el mismo sentido artículo 8° de la Ley 285 de 1996. "1. La entrega del condenado por las autoridades del Estado Trasladante a las del Estado Receptor se efectuará en el lugar en que convengan las Partes. La definición del lugar de entrega deberá ser convenida caso por caso. 2. El Estado trasladante se hará cargo de los gastos del traslado de la persona condenada hasta el momento de su entrega a las autoridades competentes del Estado Receptor". 3. El Estado Receptor se hará cargo de los gastos del traslado desde el momento en que la persona condenada quede bajo su custodia". Ley 291 de 1996, artículo 10. "1. La entrega del condenado por las autoridades del Estado Trasladante a las del Estado Receptor se efectuará en el lugar en que convengan las Partes. El Estado Receptor será responsable de la custodia de la persona condenada desde el momento en que se produzca la entrega. La definición del lugar de entrega deberá ser convenida caso por caso. 2. El Estado Receptor se hará cargo de los gastos del traslado desde el momento en que la persona condenada quede bajo su custodia". Ley 404 de 1997, artículo 10°.

99 "La situación de la persona condenada no será agravada por el traslado". Ley 404 de 1997, artículo 5°. Ley 597 de 2000, artículo 5°.

100 "Las Autoridades Centrales designadas en el artículo sexto, intercambiarán cada seis meses informes sobre la situación en que se halle el cumplimiento de la condena de todas las personas trasladadas o de la ejecución de una sentencia en particular, conforme al presente Tratado". Ley 404 de 1997, artículo 9°. "3. Las Autoridades Centrales designadas en el artículo VI intercambiarán cada seis meses informes sobre la situación en que se halle el cumplimiento de las sentencias de todas las personas trasladadas o de la ejecución de una sentencia en particular, conforme al presente Tratado". Ley 597 de 2000, artículo 9°.

101 Frente a la importancia de la información la doctrina extranjera ha señalado: "The successful completion of the post-transfer phase depends on a continued flow of information between the administering State and the sentencing State. In this regard, article 15 of the European Convention stipulates that the administering State must provide information to the sentencing State concerning the enforcement of the sentence when it considers enforcement of the sentence to have been completed; if the sentenced person has escaped from custody before enforcement of the sentence has been completed; or if the sentencing State requests a special report". [La exitosa terminación de la fase post-transferencia depende de un flujo continuo de información entre el Estado receptor y el Estado que condena. En este sentido, el artículo 15 de la Convención Europea establece que el Estado receptor debe proveer información al Estado que condena relacionada con la ejecución de la sentencia cuando considera que esta ha

“El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, además de las funciones contempladas en el Código de Procedimiento Penal, tendrá las siguientes:

1. Verificar las condiciones del lugar o del establecimiento de reclusión donde deba ubicarse la persona condenada, repatriada o trasladada.

2. Conocer de la ejecución de la sanción penal de las personas condenadas, repatriadas o trasladadas, cuya ubicación le será notificada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto por el cual se disponga la designación del establecimiento.(...)”.

ix) Finalmente, debe incluirse cualquier otra circunstancia o condición que considere el Ministerio sea necesaria para garantizar el efectivo y adecuado cumplimiento de la pena.

Asimismo, junto con el acto administrativo que apruebe el traslado del condenado extranjero, debe entregarse la siguiente información y documentación al Estado receptor:

i) Prueba de la calidad de nacional del condenado de conformidad con la legislación del respectivo Estado.

ii) Una copia certificada de la sentencia y de las disposiciones legales aplicadas.

iii) El tiempo de condena ya cumplido por el ciudadano extranjero, así como el otorgamiento de subrogados penales u otra circunstancia referida al cumplimiento de la condena.

iv) Una declaración en la que conste expresamente el consentimiento de la persona sentenciada para que tenga ocurrencia el traslado.

v) Un informe médico y social acerca del condenado, así como cualquier información y recomendación para su tratamiento en el Estado receptor.

vi) Una copia de las disposiciones legales del Estado receptor con base en las cuales los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena en Colombia, constituyen una infracción a la ley penal con arreglo al derecho del Estado receptor¹⁰².

sido completada; si la persona sentenciada ha escapado de la custodia antes de que la ejecución de la sentencia haya sido completada; o si el Estado condenante solicita un reporte especial]. (traducción libre). UNODC, ob. cit., p. 56.

102 “1. El Estado Receptor, a petición del Estado Trasladante facilitará a este último, cuando medie una solicitud de traslado: a) Prueba de la calidad de nacional del condenado de conformidad con la legislación del respectivo Estado; b) Copia de las disposiciones legales del Estado Receptor con base en las cuales las acciones u omisiones que hayan dado lugar a la condena en el Estado Trasladante constituyan un delito con arreglo al derecho del Estado Receptor. 2. El Estado trasladante, deberá facilitar al Estado Receptor los documentos que a continuación se expresan: a) Copia certificada de la sentencia y de las disposiciones legales aplicadas; b) Certificación del tiempo de condena cumplida, incluida la información referente a cualquier detención preventiva, otorgamiento de subrogados penales u otra circunstancia relativa al cumplimiento de la condena; c) Declaración escrita del condenado en la que manifieste su consentimiento para ser trasladado; d) Informe médico y social acerca del condenado, así como las respectivas recomendaciones a tener en cuenta por el Estado Receptor”. Ley 291 de 1996, artículo 7°. “4. La Autoridad Central del Estado Receptor, facilitará a la Autoridad Central del Estado Trasladante: a) Prueba de la calidad de nacional del condenado de conformidad con la legislación del respectivo Estado; b) Copia de las disposiciones legales del Estado Receptor con base en las cuales los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena en el Estado Trasladante, constituyan una infracción a la ley penal con arreglo al derecho del Estado Receptor”. Ley 404 de 1997, artículo 8°. Véase igualmente: Ley 250 de 1995, artículo 9°, Ley 285 de 1996, artículo 7° y Ley 597 de 2000, artículo 8°.

Finalmente, en atención a que existe un tratamiento desigual en lo que se refiere a la competencia para el estudio de las solicitudes de repatriación de ciudadanos extranjeros condenados en Colombia, pues la autoridad competente varía dependiendo de la existencia de un tratado internacional, recomienda la Sala que, en aras de los principios de igualdad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, se modifique el Decreto 4328 de 2011 y se asigne la referida potestad, para todos los casos, a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos.

3) La competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores respecto a las solicitudes repatriación

Además de su participación en la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe acompañar al Ministerio de Justicia y del Derecho durante el proceso de determinación y materialización de la decisión de repatriación que adopte.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado por el Decreto 869 de 2016. Así, el artículo 3º de este Decreto señala:

“[F]ormular, planear, coordinar, ejecutar y evaluar la política exterior de Colombia, las relaciones internacionales y administrar el servicio exterior de la República.

Adicionalmente, el artículo 4º del Decreto que se comenta establece como funciones del Ministerio:

“2. Ejecutar, de manera directa o a través de las distintas entidades y organismos del Estado, la política exterior del Estado colombiano. (...)

5. Promover y salvaguardar los intereses del país y de sus nacionales ante los demás Estados, organismos y mecanismos internacionales y ante la Comunidad Internacional.

6. Ejercer como interlocutor, coordinador y enlace para todas las gestiones oficiales que se adelanten entre las entidades gubernamentales y los gobiernos de otros países, así como con los organismos y mecanismos internacionales.

7. Participar en la formulación, orientación, integración y armonización de las políticas y programas sectoriales que competen a las diferentes entidades del Estado, cuando tengan relación con la política exterior.

8. Articular las acciones de las distintas entidades del Estado en todos sus niveles y de los particulares cuando sea del caso, en lo que concierne a las relaciones internacionales y la política exterior del país, en los ámbitos de la política, la seguridad, la economía y el comercio, el desarrollo social, la cultura, el medio ambiente, los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, la ciencia y la tecnología y la cooperación internacional, con fundamento en principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. (...)

10. *Participar en los procesos de negociación, con la cooperación de otras entidades nacionales o territoriales, si es del caso, de instrumentos internacionales, así como hacer su seguimiento, evaluar sus resultados y verificar de manera permanente su cumplimiento. (...)*

13. *Orientar y formular la política de cooperación internacional en sus diferentes modalidades y evaluar su ejecución”.*

Por consiguiente, a la luz de las funciones anteriormente señaladas, así como también el principio de coordinación que guía la actividad de la administración¹⁰³, corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores apoyar al Ministerio de Justicia y del Derecho en el proceso de determinación y ejecución de la decisión de traslado, decisión que repítase, debe adoptar este último órgano.

Igualmente, para el cumplimiento de esta función, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe utilizar los instrumentos de derecho internacional que considere apropiados para el caso, tales como el canje de notas¹⁰⁴, actos unilaterales¹⁰⁵, memorandos de entendimiento¹⁰⁶, etc. Sin embargo, en su adopción debe tomarse en cuenta lo dispuesto por la Constitución y la jurisprudencia nacional, especialmente, si estos dan lugar al nacimiento de obligaciones internacionales que comprometan la responsabilidad del Estado colombiano¹⁰⁷.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

103 “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (...) 10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares”. Ley 1437 de 2011, artículo 3°. Frente a este principio la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado: “En ese orden de ideas, uno de los principios fundamentales dentro de la organización administrativa, es el de coordinación, que resulta de la ordenada disposición del esfuerzo de las distintas entidades del Estado, a fin de conseguir la unidad de acción en la persecución de un propósito común”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicación número: 11001-03-28-000-2011-00003-00(IJ).

104 “En este sentido, el “canje de notas” es un procedimiento mediante el cual, el Ministro de Relaciones Exteriores de un Estado le dirige a su homólogo de otro Estado, una nota, carta, o comunicación, en la cual se contemplan y fijan los puntos objeto de acuerdo. Recibida la nota, el funcionario competente del otro Estado puede contestar, objetando alguno o todos los asuntos puestos en su consideración, o por el contrario, puede aceptar la propuesta. En este último evento, la contestación que se produce por ese Estado mediante una carta -que reproduce generalmente el texto de lo formulado en primera instancia por el otro Estado-, contiene el asentimiento a los asuntos planteados y significa la formalización del acuerdo y en muchos casos, su entrada en vigor, a menos que las notas mismas estipulen otra determinación”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de junio de 2009, C-446/09.

105 En los “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año de 2006 se definieron los actos unilaterales como: “los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional”. Véase igualmente: Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J., Derecho Internacional Público, Centro Editorial Javeriano, 1998, p. 177-178.

106 “Un memorando de entendimiento es un instrumento internacional de índole menos formal. A menudo, sirve para establecer disposiciones operativas bajo un acuerdo marco internacional. También se utiliza para la regulación de cuestiones técnicas o de detalle. Por lo general, toma la forma de un instrumento único y no requiere ratificación. Puede ser emitido tanto por Estados como por organizaciones internacionales. Habitualmente, las Naciones Unidas celebran los memorandos de entendimiento con los Estados miembros para organizar sus operaciones de mantenimiento de la paz o para organizar conferencias de la ONU; también se celebran memorandos de entendimiento acerca de la cooperación con otras organizaciones internacionales”. Naciones Unidas, Colección de tratados. <http://www.un.org/esa/treaty/untc.shtml#memoranda>.

107 En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado: “A juicio de la Corporación, si se trata de un instrumento internacional que no genera nuevas obligaciones para Colombia, por ser desarrollo directo de un tratado negociado, suscrito, aprobado y revisado en la forma prevista en la Constitución Política (artículos 189, numeral 2, 150, numeral 16, 241, numeral 10) puede prescindirse del trámite de aprobación parlamentaria y ponerse en vigor por el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia que posee para la dirección de las relaciones internacionales. Al igual que cuando se trata de declaraciones de enunciados políticos, de actos unilaterales del Estado colombiano o de acuerdos verbales, instrumentos que no están sometidos a la formalidad de la aprobación legislativa, la cual se aplica únicamente a los tratados propiamente dichos. Ni menos aún a control constitucional por parte de esta Corporación”. Corte Constitucional. Sentencia del 7 de octubre de 2003, C-896/03.

LA SALA RESPONDE:

1. ¿A qué autoridad le corresponde la facultad de estudiar, tramitar y decidir sobre las solicitudes de repatriación o traslado de ciudadanos extranjeros condenados en Colombia, y que son de países de los cuales no media un tratado internacional?

En virtud de lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 2897 de 2011, corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Oficina de Asuntos Internacionales, tramitar las solicitudes de repatriación o traslado de ciudadanos extranjeros que han sido condenados en Colombia y son nacionales de países con los cuales no se ha celebrado un tratado internacional sobre la materia. Asimismo, corresponde al Ministro de Justicia y del Derecho, en su calidad de jefe de la administración de esta entidad, estudiar y decidir dichas solicitudes.

2. ¿Cuáles son las normas aplicables al momento de decidir sobre las solicitudes de que trata el numeral anterior?

La competencia del Ministerio de Justicia y del Derecho para decidir las referidas peticiones encuentra sustento en los artículos 1.1.1.1 del Decreto 1069 de 2015 y 2º, 6º y 7º del Decreto 2897 de 2011. Igualmente, para la determinación de la decisión a tomar por el Ministerio debe aplicarse, vía analogía y en lo que resulte pertinente, lo dispuesto por las Leyes 250 de 1995, 285 de 1996, 291 de 1996, 404 de 1997 y 597 de 2000.

3. ¿Mediante qué acto se debe adoptar la decisión de conceder o negar el traslado de un ciudadano extranjero condenado en Colombia, nacional de un país con el cual no media un tratado internacional?

La decisión del Ministerio de Justicia y del Derecho de conceder o negar la repatriación debe ser adoptada por el Ministro a través de una resolución, que es el acto administrativo que de acuerdo a la doctrina, deben expedir las autoridades administrativas diferentes al Presidente de la República cuando ejercen sus funciones.

Remítase al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Germán Alberto Bula Escobar, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

6. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. Término para resolver recursos administrativos

Radicado 2123

Fecha: 29/10/2012

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 12 de diciembre de 2016

El señor Director del Departamento Nacional de Planeación, por petición del señor Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, consulta a la Sala sobre el término para contestar los recursos administrativos en la ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

I. Antecedentes

La consulta cita los artículos 13, 14 y 86 del CPACA y agrega que de conformidad con esas normas la interposición de recursos en sede administrativa es una manifestación del derecho de petición y, por lo mismo, infiere que el término para resolverlos es de 15 días contados a partir de su radicación. Agrega que el artículo 86 ibídem dispone el silencio administrativo negativo si transcurrido un plazo de dos meses desde la presentación de los recursos, no se ha notificado decisión expresa sobre el particular, norma que da a entender que los recursos pueden ser contestados hasta antes del vencimiento de ese término, como ocurría en vigencia del decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, la consulta indica que “*existe ambigüedad*” sobre los términos legales toda vez que si la interposición de recursos es una manifestación del derecho de petición, no es claro si la decisión sobre los mismos debe darse con sujeción a los plazos establecidos para resolver ese derecho, o “*hasta antes de que se configure el silencio administrativo negativo*”.

Con base en lo expuesto, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“¿Ante la inexistencia en la Ley 1437 de 2011 de un término expreso para resolver los recursos de reposición y de apelación, debe, dada la equiparación efectuada por el artículo 13 del nuevo código entre el derecho de petición y la interposición de recursos, aplicarse para tales efectos el término de 15 días establecido para resolver el derecho de petición? o

¿Debe considerarse el término de dos (2) meses establecido en el artículo 86 que regula el silencio administrativo en recursos como el término máximo para resolver y notificar la respuesta a dichos recursos?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

A. Problema jurídico

De lo que se trata es de determinar el alcance del término establecido en el CPACA para resolver los recursos administrativos. En consecuencia la Sala *i)* recordará el marco constitucional del derecho de petición; *ii)* fijará los principios y finalidades del CPACA; *iii)* examinará las normas aplicables a los recursos administrativos, y finalmente, *iv)* el alcance del silencio administrativo negativo respecto de los mismos, lo que le permitirá resolver la consulta elevada.

B. Marco constitucional del derecho de petición

Cabe recordar que el derecho fundamental de petición está consagrado en la Constitución Política de la siguiente forma:

“Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

De la simple lectura de la norma, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional vertida sobre la materia en los últimos 20 años¹, puede sostenerse que el núcleo esencial del derecho de petición consiste en: *i)* el derecho a presentar peticiones, *ii)* que las mismas sean resueltas de fondo de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado, *iii)* que la respuesta sea pronta y oportuna², y *iv)* que se comunique al peticionario la respuesta.

Y puntualmente sobre el silencio administrativo y el derecho de petición, es contundente la jurisprudencia de la Corte en señalar que dicho silencio no significa atender una petición. La síntesis de lo anterior se puede observar en la sentencia T-377 de 2000, reiterada en la sentencia C – 818 de 2011, en los siguientes términos:

“La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser esta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta”.

1 Sentencias C-578 de 1992, C-003 de 1993, T-572 de 1994, T-133 de 1995, T-382 de 1993, T-275 de 1995, T-474 de 1995, T-141 de 1996, T-472 de 1996, T-312 de 1999 y T-415 de 1999, T-630/02, T-846/03 y T-251/08, entre muchas otras.

2 Sobre el particular es pertinente citar la sentencia T – 377 de 2000 de la Corte Constitucional en donde se afirmó: “En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes”. (Resalta la Sala).

A juicio de la Sala las anteriores reglas constitucionales son las que enmarcan la presente consulta y por ello el análisis que sigue estará destinado a constatar su alcance y desarrollo en el nuevo CPACA, según se explica a continuación.

C. Finalidad y principios normativos del nuevo CPACA

La ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), tiene como finalidad producir un cambio fundamental en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, toda vez que como se verá, el nuevo procedimiento administrativo lo que busca es la protección de los derechos de las personas en sede administrativa, aplicando para ello los principios y valores constitucionales, los fines del Estado Social de Derecho y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política.

De esta manera, el acento del nuevo CPACA no está en la Administración sino en la persona como titular de derechos, respecto de la cual las autoridades tienen la obligación de servir para la eficaz protección de los mismos. En otras palabras, es la Administración la llamada en primer lugar a salvaguardar eficazmente los derechos de las personas y, por lo mismo, solo deberá acudir al juez contencioso administrativo de manera excepcional y residual.

El énfasis que hace la ley desde su título como “*Código de Procedimiento Administrativo...*”, busca entre otras cosas eliminar la precepción que la parte primera y, en particular los recursos ante la Administración, son una mera etapa para acudir indefectiblemente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Normativamente los artículos 1° y 3° sustentan la axiología descrita de la siguiente manera:

“Artículo 1°. Finalidad de la Parte Primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”.

Nótese la finalidad explícita de la norma en la protección de los derechos de las personas en sede administrativa, la observancia del principio de supremacía constitucional y el valor normativo de la constitución como eje de la actuación de las autoridades públicas, a diferencia de lo que ocurría con el decreto 01 de 1984 cuyo objeto radicaba en la simple aplicación de la ley³. Así las cosas, con el nuevo CPACA podrá sostenerse sin duda alguna que se está frente a la verdadera “*constitucionalización*” del derecho administrativo. Lo expuesto cobra mayor significado cuando se analiza el artículo 3° del CPACA, que señala:

“Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios

3 “Artículo 2. Objeto. Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”. (Se resalta).

consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

Además de reiterar la aplicación de los principios constitucionales a las actuaciones administrativas, adviértase que los principios señalados en el CPACA tienen un carácter normativo y vinculante –“deberán”- a diferencia de la naturaleza orientadora que se predicaba de los mismos en el decreto 01 de 1984. De esta manera es notorio el énfasis del nuevo CPACA en la protección de los derechos de la persona, entre los que ocupa lugar destacado el de petición, para lo cual deberá partirse de la aplicación directa de la constitución, observando entonces para el efecto las reglas señaladas en el punto B de este concepto.

En la práctica administrativa esa finalidad se ve reforzada con el desarrollo que hace el nuevo CPACA de los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209, en particular los de eficacia, economía y celeridad establecidos en los numerales 11, 12 y 13 del citado artículo 3, a saber:

“Artículo 3°. Principios (...)

“11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.

De la simple lectura de las disposiciones transcritas resulta evidente que a partir de la vigencia de la ley 1437 de 2011, el procedimiento administrativo, el cual incluye los recursos contra las decisiones administrativas, debe convertirse en una respuesta suficiente, completa y célere para quien adelanta ante la Administración una actuación, todo con el fin de evitar que deba acudir al juez contencioso para que la obligue a hacer lo que desde el principio esta ha debido hacer: *proteger los derechos de las personas*, entre los que se destaca el de petición.

La anterior axiología se materializa a lo largo del nuevo CPACA en una serie de derechos y obligaciones correlativas tanto para la Administración como para el ciudadano, los cuales pasan a exponerse en lo pertinente para este concepto.

D. Derechos, deberes y prohibiciones en las actuaciones administrativas

El nuevo CPACA garantiza una serie de derechos de las personas en sus relaciones frente a la Administración, según puede verse en el artículo 5. En lo pertinente a la consulta resulta importante la cita de los numerales 1 y 2, a saber:

“Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:

Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto.

Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto”.

Se evidencia en esas normas el expreso alcance que se da al derecho fundamental de petición previsto en el artículo 23 de la Constitución Política, aludiendo a su núcleo esencial, esto es, presentar solicitudes en cualquiera de las modalidades que permitan satisfacer ese derecho, y obtener pronta y oportuna resolución *“en los plazos establecidos para el efecto”*.

Ahora, en cuanto a los deberes de las autoridades en la atención al público y, en particular con el derecho de petición, se tiene:

“Artículo 7. Deberes de las autoridades en la atención al público. Las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, los siguientes deberes:

Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6 del artículo 5° de este Código”.

Es claro el interés del legislador que las peticiones presentadas por las personas ante las autoridades se resuelvan de manera oportuna, para lo cual deberán fijar un orden en la atención de las mismas, *“estableciendo un sistema de turnos”*, entre otras modalidades, que permita cumplir con los principios de economía, eficacia y celeridad explicados en el punto anterior. En cuanto a las prohibiciones que resultan pertinentes, el artículo 9° dispone:

“Artículo 9. Prohibiciones. A las autoridades les queda especialmente prohibido:

Negarse a recibir los escritos de interposición y sustentación de recursos.

No dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal.

Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación”.

Inequívocamente se aprecia la voluntad del legislador para que los recursos administrativos, los cuales son una modalidad del derecho de petición, según se verá a continuación, sean resueltos de manera pronta y oportuna, todo con el fin de que concluya la actuación administrativa, se defina la situación jurídica de la persona o personas involucradas en el trámite, y por ende, se satisfaga el derecho fundamental de petición.

Adviértase como las normas transcritas son reiterativas en resaltar el cumplimiento de los términos legales, así como proscribir la “*demora*” en la producción del acto administrativo que resuelva los recursos procedentes. Es importante indicar que la inobservancia de los derechos y deberes, así como el incurrir en las prohibiciones descritas, implica falta disciplinaria gravísima para el funcionario infractor, aspecto sobre el que volverá la Sala más adelante.

E. El derecho de petición en el nuevo CPACA. Alcance y modalidades

El CPACA desarrolla dicho derecho fundamental constitucional en el Título II, dividido en tres capítulos, de los artículos 13 a 33⁴. El Capítulo I contiene las “*Reglas generales*” del derecho de petición ante las autoridades, destacándose para este concepto el artículo 13, a saber:

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

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

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado”.

Como puede apreciarse, el principal cambio frente a código anterior consiste en que toda solicitud que se radique ante las autoridades se entenderá como el ejercicio del derecho de petición sin que sea necesario invocarlo, lo que le da el carácter más amplio posible a las solicitudes realizadas por las personas. Como consecuencia de ello el derecho de petición es gratuito, no implica el ejercicio del derecho de postulación, y debe observar el principio de prevalencia de su protección sustancial sobre las formas.

⁴ Es preciso recordar que si bien mediante sentencia C-818 de 2011 la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de tales artículos, al considerar que son normas que deben estar incluidas en una ley estatutaria, también lo es que los efectos de esa declaratoria quedaron “diferidos hasta 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso expida la Ley Estatutaria correspondiente”.

Dicha amplitud también se refleja en las modalidades que a título meramente ejemplificativo trae la norma, por lo que el objeto de las peticiones pueden consistir en “el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e *interponer recursos*”.

Para los efectos de este concepto dentro de las posibles modalidades de ejercicio del derecho de petición resulta relevante la posibilidad de interponer recursos. Esto significa que todas las reglas constitucionales expuestas en el punto B de este concepto le son aplicables, entre ellas, la **de obtener pronta y oportuna respuesta**, tal como se explica a continuación.

F. El derecho a obtener pronta y oportuna respuesta en el nuevo CPACA. Términos para resolver las peticiones.

El derecho de toda persona a que su petición, incluidos los recursos administrativos, sea resuelta en forma pronta y oportuna, se refleja en el artículo 14 de CPACA, de la siguiente forma:

“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

A juicio de la Sala la norma transcrita contiene los siguientes elementos que sirven para su interpretación:

b. Término general: Consagra, so pena de sanción disciplinaria, el término general y explícito de 15 días para la resolución del derecho de petición. Nótese la exigencia normativa en el sentido que para que sea válidamente posible un término de respuesta diferente, se requiere su expresa consagración en ley especial. Ello quiere decir que cualquier norma in-

fra legal (*decretos reglamentarios o ejecutivos, resoluciones, circulares, directivas, instructivos, ordenanzas, acuerdos y, en general, cualquier acto administrativo*) que prevea un término diferente ha quedado derogada, a partir del 2 de julio de 2012, por expresa disposición de los artículos 14 y 309 del CPACA⁵.

c. Términos especiales: Como excepción al término general de 15 días, las peticiones de documentos deberán resolverse dentro de los 10 días siguientes a su recepción. Por su parte, las consultas o peticiones mediante las cuales se solicita una opinión a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los 30 días siguientes a su radicación.

d. Prórroga⁶ del plazo inicial: El párrafo del artículo 15 establece que cuando en casos **excepcionales** no fuere posible cumplir con los términos expresos allí previstos, la autoridad deberá:

i) Informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término de 10, 15 o 30 días señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el *plazo razonable* en que se resolverá o dará respuesta

ii) Con todo, dicho plazo no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

En primer lugar, advierte la Sala el carácter *excepcional* del supuesto de hecho previsto en el artículo 15 para dar respuesta fuera del plazo general o especial allí previsto, a las peticiones que se presenten ante las autoridades.

Tal situación exceptiva obliga a interpretar de manera restrictiva esta posibilidad legal, la cual no puede ser entendida como una forma de diferir, ni mucho menos dilatar los términos para resolver las peticiones, sino como un remedio que la misma ley prevé para casos complejos en que las circunstancias fácticas o jurídicas de determinadas peticiones hagan difícil su resolución y, por lo mismo, no permitan atenderlas en los términos iniciales concedidos por la ley.

Dicho plazo entonces será fijado por la autoridad llamada a resolver la petición bajo los límites de razonabilidad y proporcionalidad que exijan las condiciones particulares o la complejidad de la petición el cual, en todo caso, no podrá exceder "*el doble del inicialmente previsto*".

Es lo que la jurisprudencia constitucional citada en el punto B de este concepto denomina "*criterio de razonabilidad*", que deberá observarse estrictamente para que la prórroga del plazo fijado por la autoridad para resolver la petición respete el derecho fundamental a "*obtener pronta y oportuna resolución*".

5 "Artículo 309. Derogaciones. Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984, el Decreto 2304 de 1989, los artículos 30 a 63 y 164 de la Ley 446 de 1998, la Ley 809 de 2003, la Ley 954 de 2005, la Ley 1107 de 2006, el artículo 7°3 de la Ley 270 de 1996, el artículo 9° de la Ley 962 de 2005, y los artículos 57 a 72 del Capítulo V, 102 a 112 del Capítulo VIII y 114 de la Ley 1395 de 2010...". (Resalta la Sala).

6 "1. Continuación de algo por un tiempo determinado.// 2. f. Plazo por el cual se continúa o prorroga algo". Diccionario de la Lengua Española.

Así, si el plazo general máximo inicialmente previsto es 15 días, el doble del inicial corresponderá a 30 días, lo que significa que en ningún caso la respuesta a un derecho de petición podrá exceder de ese término general, el cual se encuentra conforme a los principios constitucionales de celeridad, economía y eficacia que deben observarse en las actuaciones administrativas, explicados en el punto C de este concepto, y cumple con el derecho a “*obtener pronta y oportuna resolución*”, insito en el derecho constitucional de petición.

Siguiendo las mismas reglas, las peticiones de documentos deberán resolverse dentro de los 10 días siguientes a su recepción, sin que exceda, en circunstancias excepcionales, de 20 días. Y para las consultas, los 30 días iniciales podrán ampliarse, como máximo, hasta 60 días.

No sobra mencionar que de conformidad con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, que subrogó el artículo 70 del Código Civil, “*en los plazos de días que señalan las leyes y los actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y vacantes, a menos que se exprese lo contrario*”, motivo por el cual los plazos anteriormente examinados deben entenderse como días hábiles.

e. Sanción disciplinaria por la inobservancia del derecho a obtener pronta y oportuna respuesta: El incumplimiento de los términos establecidos para resolver las peticiones que se presenten ante las autoridades conlleva sanción disciplinaria. Lo anterior es concordante con los artículos 31 del CPACA y 35 de la ley 734 de 2002 que disponen, respectivamente:

“*Artículo 31. Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código; constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria*”. (Se destaca).

“*Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: (...)*”

8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento”.

Si bien desde la vigencia del decreto 01 de 1984 la falta de atención de las peticiones constituye falta disciplinaria, considera la Sala que la reiteración que trae el CPACA al respecto marca un énfasis en la importancia que para la legitimidad de las Instituciones tiene el respeto por el derecho constitucional de petición y, en particular, de los términos concedidos para que la respuesta sea “*pronta y oportuna*”.

Igualmente es una garantía para el ciudadano en el sentido de que si el funcionario incurre en las contravenciones que de manera expresa consagra el artículo 9° del CPACA, las cuales fueron explicadas en el punto D de este concepto, en particular la “*demora*” en la producción del acto que resuelva los recursos procedentes, lo cual de suyo implica el desconocimiento de los términos legales concedidos, se estará en presencia de una falta disciplinaria gravísima. La Sala estima que con los argumentos expuestos en los puntos anteriores se puede proponer la siguiente conclusión:

Para resolver los recursos administrativos las autoridades competentes tienen un plazo general y expreso de 15 días hábiles, de conformidad con los artículos 13 y 14 del CPACA, salvo disposición legal especial en contrario. Y si no fuere posible resolverlos en dicho término, por concurrir de manera excepcional las condiciones fácticas y jurídicas descritas en el párrafo del artículo 14, deberán resolverse en un plazo que no exceda los 30 días desde su oportuna interposición.

Ahora, dado que la consulta plantea el caso concreto del trámite y decisión de los recursos administrativos y, en particular, el alcance del término previsto en el artículo 86 del CPACA sobre el silencio administrativo negativo en recursos, la Sala verificará si la conclusión inicial a la que ha arribado sufre alguna variación al examinar las reglas específicas del CPACA que regulan tales aspectos.

G. Trámite y decisión de los recursos administrativos

El nuevo CPACA regula los recursos administrativos en los artículos 74 a 82 del Capítulo VI del Título III relativo al “Procedimiento administrativo general”. El fortalecimiento de los recursos administrativos (reposición, apelación y queja) en el CPACA, no solo se da como manifestación del derecho de petición, sino que de manera específica se aprecia el propósito de asegurar su eficacia para que no se consideren simplemente como el acatamiento formal de un requisito para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En este contexto, se amplía el término para la interposición de los recursos que pasa de 5 a 10 días (artículo 76); se eliminan las restricciones probatorias que existían en el código anterior, materializándose con la posibilidad de presentar, solicitar o decretar pruebas de oficio (artículo 79), los derechos de defensa y contradicción; se establece la posibilidad de crear al interior de las entidades y organismos administrativos, grupos especializados para elaborar los proyectos de decisión sobre los recursos (artículo 82), en fin, lo que busca el nuevo CPACA es que los recursos den lugar a un completo y serio debate entre la Administración y el ciudadano, todo con el propósito de adoptar la mejor decisión posible. Visto lo anterior, en punto de la consulta resultan pertinentes los artículos 79 y 80 del CPACA sobre trámite de recursos y pruebas, y la decisión de los mismos, respectivamente, los cuales se transcribirán para mayor claridad:

“Artículo 79. Trámite de los recursos y pruebas. Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.

Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.

En el acto que decreta la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio.

Artículo 80. Decisión de los recursos. *Vencido el período probatorio, si a ello hubiere lugar, y sin necesidad de acto que así lo declare, deberá proferirse la decisión motivada que resuelva el recurso. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas y las que surjan con motivo del recurso.*

De la interpretación sistemática de las disposiciones transcritas se pueden distinguir al menos cuatro situaciones a efectos de fijar el término para la decisión de los recursos de reposición y apelación:

a) Si con los recursos **no** se aportaron o solicitaron pruebas o la autoridad **no** las decretó de oficio, estos deberán resolverse de plano y se aplicará el término general de 15 días hábiles para su oportuna resolución, tal como concluyó la Sala en el punto anterior.

b) Si con los recursos **se aportaron** pruebas por parte del recurrente, y la Administración no decreta pruebas de oficio, es decir, el recurso se decidirá solamente con las pruebas aportadas, se aplicará igualmente el término general de 15 días hábiles para su oportuna resolución.

En el día a día de la Administración ello es así, toda vez que no se requerirá estrictamente de un período probatorio para la práctica de pruebas, sino simplemente tener como tales las aportadas con el recurso. Exceptuáse el caso en el que el **aporte** de pruebas se da en el trámite de recursos en donde interviene más de una parte (Administración, parte A, parte B), según se explica a continuación.

c) **Si con el recurso se solicitaron pruebas**, es decir se ejerció materialmente el derecho de defensa por parte del recurrente, y por lo mismo, se requiere de un término para la práctica de las mismas, se deberá, una vez vencido el período probatorio, correr traslado a los intervinientes por un término de 5 días, vencidos los cuales deberá adoptarse la decisión.

Lo anterior no solo se deriva de la interpretación sistemática de los artículos 79 y 80 del CPACA, sino del artículo 40 que textualmente establece: “...*el interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo...*”.

Así las cosas el traslado previsto en el artículo 79 se dará no solo cuando interviene más de una parte (Administración, parte A, parte B) y resulte necesario practicar pruebas, sino también en el caso en que solo interviene una parte (Administración – parte) pero esta **solicita la práctica** de pruebas, todo por expresa disposición del artículo 40 del CPACA o en el caso en que

En la práctica ello quiere decir que radicado el recurso, el término general 15 días hábiles comenzará a correr y se suspenderá mientras dura la práctica de las pruebas decretadas, cuyo término máximo corresponderá a 30 días hábiles, el cual incluye la prórroga de los términos inferiores. Vencido el período probatorio deberá darse traslado por un término de 5

días hábiles, transcurrido el cual se reanudará el término que haya corrido y la autoridad deberá adoptar la decisión sin que exceda los 15 días del plazo general.

Un ejemplo ilustra la situación: Al día 2 de presentado el recurso, la autoridad decide que las pruebas solicitadas son pertinentes y conducentes para adoptar la decisión. Por la complejidad de las mismas se decreta un periodo probatorio de 30 días. Vencido este, se reanuda el término para decidir y el día 3 el funcionario competente corre traslado de las pruebas practicadas. El término se suspende durante los 5 días que dura el traslado, vencido el cual solo cuenta con 12 días hábiles siguientes para decidir el recurso, respetándose de esta forma el término general de 15 días hábiles.

Reitera la Sala que cuando se solicitan pruebas y hay práctica de las mismas, el traslado debe darse no solo cuando interviene más de una parte (Administración, parte A, parte B), sino también cuando solo interviene una parte (Administración – parte), por expresa disposición del artículo 40 del CPACA, norma que hace énfasis en el derecho de contradicción probatoria, el cual integra el derecho constitucional al debido proceso. Ahora, cuando interviene más de una parte (Administración, parte A, parte B), y se **aportan** pruebas, también deberá darse el traslado de 5 días hábiles, respetándose así el derecho de contradicción en esa actuación, también por expresa disposición del artículo 40 del CPACA, en concordancia con el artículo 79 *ibídem*.

En cualquier caso si las pruebas **son decretadas de oficio**, simplemente se señalará un periodo probatorio para su práctica, vencido el cual se correrá traslado por 5 días hábiles, adoptándose la decisión correspondiente, descontando tanto el período probatorio como el traslado del término general de 15 días.

Conforme a lo anterior, la Sala concluye que para resolver los recursos administrativos las autoridades competentes tienen un plazo general y expreso de 15 días hábiles, de conformidad con los artículos 13 y 14 del CPACA, salvo disposición legal especial en contrario. Y si no fuere posible resolverlos en dicho término, por concurrir de manera excepcional las condiciones fácticas y jurídicas descritas en el parágrafo del artículo 14, deberán resolverse en un plazo que no exceda los 30 días desde su oportuna interposición.

No obstante, cuando en los recursos sea del caso practicar pruebas, bien sea porque se solicitaron, aportaron o se decretaron de oficio, el término general de 15 días hábiles se suspende mientras dura el periodo probatorio (que en ningún caso será superior a 30 días hábiles), y se corre traslado de las pruebas practicadas, vencido el cual deberá proferirse la decisión.

H. El silencio administrativo negativo en los recursos

En el nuevo CPACA se conserva la regla tradicional en nuestro derecho administrativo en el sentido que el silencio de la Administración, salvo disposición expresa en contrario, corresponderá a una decisión negativa.

El silencio administrativo negativo consiste entonces en una ficción para que vencidos los plazos de ley sin una respuesta por parte de la Administración, se genere un acto ficto por medio del cual se niega la solicitud elevada, acto que el ciudadano puede recurrir ante la

misma Administración o la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para el caso concreto de los recursos administrativos, el artículo 86 del CPACA dispone:

Artículo 86. Silencio administrativo en recursos. *Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.*

La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria gravísima. (Negrilla fuera de texto).

Destaca la Sala que la manera como está redactada la norma, particularmente el inciso final, conlleva una lectura bajo el entendimiento de que si tales recursos son una manifestación del derecho de petición, “el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado” ese derecho, como lo ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Constitucional analizada en el punto B de este concepto. Por tanto, el término previsto para la ocurrencia del silencio administrativo en recursos no puede ser entendido como un plazo máximo en el cual estos deban resolverse, sino en la efectiva comprobación que su acaecimiento es la transgresión del derecho fundamental a “obtener pronta y oportuna respuesta”.

En otras palabras, el ejercicio del derecho de petición en su modalidad de recursos administrativos, no puede confundirse con la violación del mismo al transcurrir el plazo previsto en la norma de dos meses sin que se haya notificado la respectiva respuesta. Así las cosas, el verdadero entendimiento del silencio administrativo negativo no es la consideración de un plazo máximo para atender los deberes de las autoridades en la decisión de los recursos que se le interpongan, sino que su objeto consiste en una herramienta o garantía de los derechos del ciudadano para acudir a la administración de justicia.

La interpretación a la que llega la Sala se ratifica en la sentencia C-875 de 2011, oportunidad en la que la Corte Constitucional al revisar el artículo 52 del CPACA, lo declaró exequible. Afirmó la Corte:

“Sobre las opciones que tiene el ciudadano cuando opera el silencio administrativo negativo ha dicho esta Corporación en forma reiterada: ‘... el administrado puede optar por acudir a la jurisdicción o por esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción, que es un desarrollo del derecho de petición, pueda acarrearle consecuencias adversas, como sería la de que a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo se contabilice el término de prescripción o de caducidad de la respectiva acción”

La Sala no duda en afirmar que esas presunciones resultan un instrumento adecuado para garantizar, entre otros, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, vulnera-

dos por la omisión de la administración al no responder oportunamente los requerimientos elevados por los ciudadanos. Ficción que en los términos de nuestro ordenamiento no exime a la administración de absolver la solicitud, porque el derecho de petición solo se satisface cuando el Estado profiriere respuestas claras, precisas y de fondo.

Sobre el tema se ha indicado: ‘El silencio administrativo negativo no es equiparable a una respuesta, se trata de una ficción, para fines procesales y establecida en beneficio del administrado, pero que no cumple con los presupuestos de una respuesta que de satisfacción a la petición elevada a la Administración’. (Negrillas textuales).

En consecuencia, el plazo establecido en el artículo 86 del CPACA solo está en función de la posibilidad que tiene el ciudadano de acudir a la administración de justicia ante la omisión de las autoridades para resolver los recursos, y en modo alguno como el término máximo con el que se cuenta para decidir tales recursos.

Por último, no puede pasarse por alto la previsión que trae el artículo 86, según el cual el plazo de 2 meses allí previstos *“se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas”*. Ya se ha dicho que el CPACA prevé un verdadero debate probatorio previo a la decisión de los recursos administrativos, todo con el ánimo de fortalecerlos y materializar los derechos de defensa y contradicción, ínsitos en el debido proceso administrativo.

Para que ese debate probatorio sea viable se requiere de un período para practicar pruebas, el cual por definición implica que el expediente no se encuentre al despacho del funcionario para decidir, ni que este cuente con los elementos de juicio para adoptar la decisión, razón suficiente para que los términos para decidir o para que opere el silencio administrativo negativo se suspendan como expresamente lo señala el artículo 86 del CPACA.

LA SALA RESPONDE:

“¿Ante la inexistencia en la Ley 1437 de 2011 de un término expreso para resolver los recursos de reposición y de apelación, debe, dada la equiparación efectuada por el artículo 13 del nuevo código entre el derecho de petición y la interposición de recursos, aplicarse para tales efectos el término de 15 días establecido para resolver el derecho de petición? o

¿Debe considerarse el término de dos (2) meses establecido en el artículo 86 que regula el silencio administrativo en recursos como el término máximo para resolver y notificar la respuesta a dichos recursos?”

De conformidad con los artículos 13 y 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el plazo general y expreso para resolver los recursos administrativos es de 15 días, salvo disposición legal especial en contrario. Y si no fuere posible resolverlos en dicho término, por concurrir de manera excepcional las condiciones fácticas y jurídicas descritas en el parágrafo del artículo 14, deberán resolverse en un plazo que no exceda los 30 días desde su oportuna interposición.

No obstante, cuando en los recursos sea del caso practicar pruebas, bien sea porque se solicitaron, aportaron o se decretaron de oficio, el término general de 15 día hábiles se suspen-

de mientras dura el periodo probatorio (que en ningún caso será superior a 30 días hábiles), y se corre traslado de las pruebas practicadas, vencido el cual deberá proferirse la decisión, tal como se explicó en las consideraciones de este concepto.

El plazo establecido en el artículo 86 del CPACA solo está en función de la posibilidad que tiene el ciudadano de acudir a la administración de justicia ante la omisión de las autoridades para resolver los recursos, y en modo alguno como el término máximo con el que se cuenta para decidir tales recursos.

Remítase al señor director del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

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

Radicado 2311

Fecha: 14/12/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 15 de diciembre de 2016

El Ministro de Salud y Protección Social formula a la Sala una consulta acerca del Decreto 1944 de 1996, *“Por el cual se reglamenta la fortificación de harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control”*, respecto del cual han surgido diversas interpretaciones en torno a su vigencia.

I. Antecedentes

El Ministro de Salud y Protección Social expone los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto, que se complementan con las normas citadas:

1. Contexto del Decreto 1944 de 1996 que presenta el Ministerio de Salud y Protección Social

Con la finalidad de prevenir la desnutrición en el país, el Ministerio de Salud y Protección Social ha asumido una estrategia de fortificación de productos, la cual la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación – FAO, define como: *“la adición de uno o más nutrientes a un alimento a fin de mejorar su calidad para las personas que lo consumen, en general, con el objeto de reducir o controlar una carencia de nutrientes”*¹.

El Ministro señala que tal estrategia *“consiste en la adición de nutrientes a un alimento de alto consumo en la población, para mejorar su calidad nutricional y reducir problemas de salud pública; en especial, se adicionan vitaminas y minerales que son comúnmente deficientes en la dieta de las personas de una comunidad o país, tales como Hierro, Calcio, Ácido Fólico, Niacina, Riboflavina, Tiamina, principalmente”*.

Agrega que en respuesta a los compromisos de la Cumbre Mundial sobre Alimentación y del Plan de Acción para la Nutrición, nuestro país diseñó e implementó el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996 – 2005, el cual fue aprobado por medio del Documento Conpes 2847 de 1996. Este definió ocho (8) Líneas de Acción, en las cuales la tercera comprende la denominada: *‘Prevención y Control de las Deficiencias de Micronutrientes; Yodo, Hierro y Vitamina A’*, cuyos objetivos planteados fueron:

- a) Mejorar la producción y el consumo de alimentos de alto valor biológico.

¹ Nota de la consulta: Procesamiento y fortificación de alimentos, <http://www.fao.org/docrep/006/w0073s/w0073s/w007310.htm> (5 de agosto de 2016).

b) Fortificar alimentos de consumo masivo y suplementación con micronutrientes como medida de prevención y tratamiento, dando continuidad a la producción de bienestarina y a la vigilancia y control de la sal yodada.

Adicionalmente, se propuso la fortificación de la harina de trigo y de otros alimentos de consumo masivo.

2. Consideraciones del Ministerio de Salud y Protección Social

Teniendo en cuenta el contexto anterior, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1944 del 28 de octubre de 1996, *“Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control”*. Dentro de sus considerandos, el Gobierno señaló en el octavo y el noveno lo siguiente:

Octavo considerando: *“Que el Decreto 1112 del 24 de junio de 1996, en sus artículos 4º y 9º establece los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente;”*

Noveno y último considerando: *“Que el presente reglamento de acuerdo con el impacto en la salud pública es de carácter urgente”*.

Como se observa, estos considerandos citan los artículos 4º y 9º del Decreto 1112 del 24 de junio de 1996², *“Por el cual se crea el Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, se dictan normas para armonizar la expedición de reglamentos técnicos y se cumplen algunos compromisos internacionales adquiridos por Colombia”*.

El párrafo 2º del artículo 4º y el artículo 9º establecen el procedimiento para la expedición de los reglamentos técnicos de carácter urgente. Disponen estos artículos lo siguiente:

“Artículo 4º. Notificaciones. *Las entidades competentes, deberán notificar al Sistema los proyectos de Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad que pretendan expedir, para que este a su vez notifique lo pertinente a los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales, a más tardar diez (10) días después, contados a partir de la recepción de la notificación en la Secretaría Técnica de que trata el artículo 2º.*

Las entidades no podrán disponer la entrada en vigencia de la medida proyectada antes de sesenta y cinco (65) días, contados a partir de la fecha de la notificación oficial al órgano competente del acuerdo internacional correspondiente, fecha que deberá ser informada por el Sistema.

Una vez expedida la medida definitiva, deberá ser nuevamente notificada al Sistema, para ser notificada nuevamente a los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales.

2 Aunque en varios apartes de la consulta se menciona el Decreto 1122 de 1996, es evidente que se trata de un pequeño error, pues la consulta se refiere claramente al Decreto 1112 de 1996 relativo al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad y la expedición de los Reglamentos Técnicos.

Parágrafo 1°. *Los proyectos de Normas Técnicas propuestas para la oficialización de obligatoriedad ante el Consejo Nacional de Normas y Calidades y los Reglamentos Técnicos que no surtan el trámite establecido en este Decreto, no podrán entrar en vigencia.*

Parágrafo 2°. *Las entidades competentes que expidan Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente o de Emergencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9° del presente Decreto, deberán notificarlos al Sistema dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su expedición, para poder dar cumplimiento a lo establecido, para estos casos, en los acuerdos comerciales internacionales. (Negrillas del Ministerio consultante).*

Parágrafo 3°. *Las entidades competentes, a las que se refiere el presente artículo, remitirán sus notificaciones al Sistema siguiendo los lineamientos y formatos que para tal efecto este suministrará”.*

“Artículo 9°. De la expedición de Reglamentos con Carácter Urgente. *Si se presentan o amenazaran presentarse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional, se podrán expedir Reglamentos Técnicos con Carácter Urgente o de Emergencia. Dichos reglamentos técnicos se podrán basar en una Norma Técnica Colombiana o en su defecto, en una Norma Técnica Internacional emitida por un organismo reconocido, en caso de no existir Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria.*

Si transcurridos doce (12) meses después de la expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, que se ha basado en una Norma Técnica Colombiana, esta norma técnica no se ha oficializado como Norma Técnica Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia.

Si transcurridos doce (12) meses después de su expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, no se ha adoptado o adaptado la Norma Técnica Internacional base del mismo como Norma Técnica Colombiana y oficializada la misma como Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia”.

A continuación de la cita de estas normas, el Ministro menciona la causa de las dos interpretaciones que se han presentado al interior del Ministerio, en esta forma:

“Teniendo en cuenta las obligaciones que de tales disposiciones se desprendían, en relación con la expedición de reglamentos técnicos y al no existir certeza acerca de haberse efectuado la notificación al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, en el marco de lo previsto por el parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 1112 de 1996, ni haberse adoptado la Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria, surgen para este Ministerio, dos posturas o planteamientos, en torno a la vigencia del Decreto 1944 de 1996, ...”.

Luego el Ministro expone las dos interpretaciones en estos términos:

a. Primera interpretación

“El Decreto 1944 de 1996, no está vigente, además atendiendo a lo previsto en su artículo 9º, solo mantuvo su vigencia hasta el año 1997”.

Esta interpretación se plantea para el Ministerio de Salud y Protección Social, con fundamento en el contenido del mismo Decreto 1944 de 1996, así:

1) Como se desprende del Decreto 1944 de 1996, se trató de una medida de urgencia regulada por el Decreto 1112 del mismo año, *“sin que se tenga claridad sobre su notificación al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad”.*

2) Para que el Decreto 1944 de 1996 extendiera su vigencia, era necesario surtir el procedimiento previsto en el artículo 9º del Decreto 1112 y por tanto, *“la consecuencia jurídica de la no adopción o adaptación de la norma técnica conduce a la pérdida de vigencia de la disposición, para el caso, a partir de 1997”.*

b. Segunda interpretación

“Las medidas previstas en el Decreto 1944 de 1996, no han perdido su vigencia”.

Esta interpretación se sustenta al interior del Ministerio de Salud y Protección Social, en los siguientes argumentos:

1) El Decreto 1944 de 1996 constituye una medida de salud pública, que no era transitoria como se desprende del artículo 12 que otorgaba un plazo de ocho (8) meses a los industriales para dar cumplimiento a la norma.

Limitar la vigencia del decreto a un (1) año, haría inoqua la estrategia de la fortificación de la harina de trigo, la cual no tendría efectos útiles y duraderos, lo cual sería contrario al propósito de ese decreto.

2) El Decreto 1944 de 1996 se adoptó dentro del marco previsto en el artículo 12 de la Ley 170 de 1994, aprobatoria del Acuerdo que estableció la Organización Mundial de Comercio (OMC), en el cual se indica un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros. Disponen los numerales pertinentes lo siguiente:

“Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros:

12.1 Los Miembros otorgarán a los países en desarrollo Miembros del presente Acuerdo un trato diferenciado y más favorable, tanto en virtud de las disposiciones siguientes como de las demás disposiciones pertinentes contenidas en otros artículos del presente Acuerdo. (...)

12.4 Los Miembros admiten que, aunque puedan existir normas, guías o recomendaciones internacionales, los países en desarrollo Miembros, dadas sus condiciones tecnológicas y socioeconómicas particulares, adopten determinados reglamentos técnicos, normas o procedi-

mientos de evaluación de la conformidad encaminados a preservar la tecnología y los métodos y procesos de producción autóctonos y compatibles con sus necesidades de desarrollo. Los Miembros reconocen por tanto que no debe esperarse de los países en desarrollo Miembros que utilicen como base de sus reglamentos técnicos o normas, incluidos los métodos de prueba, normas internacionales inadecuadas a sus necesidades en materia de desarrollo, finanzas y comercio (...)”.

Señala el Ministerio que de acuerdo con la norma transcrita, los países en desarrollo como Colombia pueden adoptar regulaciones en razón de sus condiciones particulares tecnológicas y socioeconómicas, que fue lo que ocurrió con la medida de fortificación de la harina de trigo, la cual se asumió en virtud del diagnóstico de la situación nutricional expuesta en el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005.

3) La medida de fortificación de la harina de trigo no se habría podido sustentar, conforme lo establece el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996, en una norma técnica colombiana o internacional, *“toda vez que la misma tuvo como fundamento el diagnóstico consignado en el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005”*.

Nuestro país está adelantando una política nutricional a largo plazo, por lo cual *“podría concluirse que la vigencia del Decreto 1944 de 1996 se extendió en el tiempo, pues además las situaciones que llevaron a tomarla, persisten”*.

Agrega que el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996 no advierte qué sucede cuando no existe una norma técnica nacional o internacional, de forma tal que no sería posible considerar los efectos de pérdida de vigencia del Decreto 1944 del mismo año.

4) El consultante expresa que la notificación es un mecanismo de control y publicidad de las actuaciones de los países frente al comercio internacional, pero que debe prevalecer el propósito de protección de la salud pública, de una medida tomada por un país dentro de las normas de dicho comercio, las cuales admiten tratamientos diferenciales y justifican ese tipo de medidas.

5) El Decreto 1944 de 1996 materializa el principio del interés superior de los menores de edad y su protección, ya que garantiza un nivel nutricional accesible a todas las familias y no solo para determinados niveles sociales.

Por último, manifiesta que tanto las autoridades sanitarias como los particulares, han actuado bajo la convicción de que la medida de fortificación de la harina de trigo, dispuesta por el Decreto 1944 de 1996 se encuentra vigente y ha sido aplicada desde su expedición.

En base a lo expuesto y ante las divergencias interpretativas, el Ministro de Salud y Protección Social formula la siguiente **PREGUNTA**:

“1. ¿A la fecha puede considerarse vigente y por ello aplicable el Decreto 1944 de 1996?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA:

Para dar respuesta al interrogante formulado por el Ministro de Salud y Protección Social, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) el Decreto 1944 de 1996, sobre la fortificación de la harina de trigo y sus condiciones de comercialización, ii) el contenido del Decreto 1112 de 1996, creador del Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad y reglamentario de la expedición de los Reglamentos Técnicos, iii) el análisis de que el Decreto 1944 de 1996 no constituye un Reglamento Técnico en los términos del Decreto 1112 de 1996.

A. El Decreto 1944 de 1996 sobre la fortificación de la harina de trigo y el establecimiento de las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control

En el Documento Conpes DNP-2847 UDS-DISAL del 29 de mayo de 1996, del Departamento Nacional de Planeación, titulado *“Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005”*, luego de exponer los antecedentes, el diagnóstico sobre la malnutrición en Colombia, se establece el Plan con sus objetivos, metas, líneas de acción, financiación y recomendaciones.

Dentro de las ocho (8) líneas de acción se encuentra la de *“Prevención y control de las deficiencias de micronutrientes, especialmente Vitamina A, Hierro y Yodo”*, en la cual se adoptan tres (3) medidas, con la participación de los sectores público y privado, para prevenir y controlar estas deficiencias. Una de ellas es la *“Fortificación de alimentos de consumo básico”*, que, en cuanto se refiere específicamente a la harina de trigo, dice lo siguiente:

“Para iniciar la fortificación de alimentos de consumo básico en el país, se impulsarán iniciativas como la de la Federación Nacional de Molineros, para fortificar la harina de trigo con hierro y complejo B entre otros micronutrientes”³.

En desarrollo del mencionado Plan, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1944 del 28 de octubre de 1996, *“Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control”*, el cual constituye un decreto reglamentario en la medida en que fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución⁴.

Este decreto menciona dentro de sus considerandos los siguientes:

“(…) (Tercero) Que en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia convocada por las Naciones Unidas en 1990, en la cual participaron 159 países entre ellos, Colombia, se establecieron los

3 Sobre la fortificación de la harina de trigo como un importante objetivo de salud pública, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha manifestado: *“La fortificación de las harinas de trigo y de maíz procesada industrialmente constituye, cuando se aplica de manera adecuada, una estrategia eficaz, sencilla y barata para el aporte de vitaminas y minerales a la alimentación de grandes segmentos de la población mundial. (...) La fortificación de las harinas de trigo y de maíz debería considerarse en caso de que exista un consumo regular de las harinas procesadas industrialmente en grandes grupos de la población de un país. Los programas de fortificación de la harina de trigo y de maíz serán previsiblemente más efectivos en cuanto a repercusión en la salud pública si existe un mandato a escala nacional, y pueden contribuir al logro de los objetivos de salud pública internacionales”*. (Documento de la Organización Mundial de la Salud, titulado *“Recomendaciones sobre la fortificación de las harinas de trigo y de maíz. Informe de reunión: Declaración de consenso provisional”*. WHO/NMH/NHD/MNM/09.1. Año 2009).

4 *“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...)”*.

compromisos de los países para erradicar las deficiencias de micronutrientes en sus poblaciones;

(Cuarto) Que después en la Conferencia Internacional de Nutrición realizada en Roma en 1992, los representantes de prácticamente todos los países del mundo incluyendo a Colombia, firmaron la Declaración Mundial y Plan de Acción en Nutrición en la cual se ratificó la determinación de eliminar el hambre y todas las formas de desnutrición;

(Quinto) Que el documento Conpes 2847 y las líneas de acción que conforman el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005 fijan como una política la Prevención y Control de las deficiencias de micronutrientes, a través de la fortificación de alimentos de consumo básico;

(Sexto) Que la harina de trigo es uno de los insumos más importantes para la fabricación de alimentos básicos en la dieta colombiana, como son los productos de panadería, pastelería, galletas, pastas alimenticias y otros;

(Séptimo) Que es necesario reglamentar la fortificación de la harina de trigo con micronutrientes deficientes en la dieta colombiana;

(Octavo) Que el decreto 1112 del 24 de junio de 1996, en sus artículos 4º y 9º establece los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente;

(Noveno y último) Que el presente reglamento de acuerdo con el impacto en la salud pública es de carácter urgente”.

El Decreto 1944 de 1996 después de la expresión “Decreta”, contiene la siguiente frase: “Expedir el reglamento de fortificación de la harina de trigo para consumo en Colombia” (obsérvese que no dice “el reglamento técnico”) y a continuación, los dos primeros artículos que adoptan la medida en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Campo de aplicación. *Las disposiciones del presente reglamento se aplican a la harina de trigo que se comercializa en el territorio nacional para la venta directa al consumidor, como para la fabricación de productos de panadería, pastelería, galletería, pastas alimenticias, y otros”.*

“Artículo 2º. Obligatoriedad de fortificación. *La harina de trigo que se comercializa en el territorio nacional deberá estar fortificada con vitamina B1, vitamina B2, niacina, ácido fólico y hierro.*

Parágrafo. *La adición de calcio podrá hacerse de manera opcional”.*

Los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1944 establecen, respectivamente, algunas definiciones, las cantidades mínimas de micronutrientes por cada kilogramo de harina, la forma de adición de los micronutrientes y las formas químicas de estos.

El artículo 7º del referido decreto asigna la competencia técnica al Ministerio de Salud para modificar los micronutrientes, las formas químicas de los mismos y las cantidades de fortificación, conforme a los avances de los conocimientos científicos sobre el tema.

El artículo 8º dispone que la responsabilidad de la fortificación de la harina de trigo con los micronutrientes es de los industriales fabricantes de la misma y de productos alimenticios en los cuales se utilice esta materia prima.

El artículo 9º ordena que el rótulo o envase de la harina de trigo debe destacar la leyenda de harina de trigo fortificada con indicación de las cantidades de micronutrientes adicionados.

Los artículos 10 y 11 otorgan al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) y a las entidades territoriales competentes la vigilancia y control del cumplimiento del decreto y la aplicación de las medidas sanitarias preventivas y de seguridad.

El artículo 12 fijó un plazo de ocho (8) meses a los industriales fabricantes de la harina de trigo para dar cumplimiento al decreto y el último, el 13, señaló su vigencia a partir de la publicación, la cual ocurrió en el Diario Oficial n.º 42.909 del 30 de octubre de 1996.

B. El contenido del Decreto 1112 de 1996, creador del Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad

El Decreto 1112 del 24 de junio de 1996, *“Por el cual se crea el Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, se dictan normas para armonizar la expedición de reglamentos técnicos y se cumplen algunos compromisos internacionales adquiridos por Colombia”*, fue expedido en desarrollo de las Leyes 155 de 1959⁵, 170⁶ y 172⁷ de 1994 y de la Decisión 376 de 1995⁸ de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y en ejercicio de las facultades otorgadas por los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Constitución Política⁹, lo cual indica claramente su carácter de decreto reglamentario.

Es de anotar que los artículos 2º a 6º del Decreto 1112 de 1996 fueron incorporados en los artículos 2.2.1.8.1.1 a 2.2.1.8.2.1 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”*, con la advertencia de que en algunos de estos se presentan variaciones con respecto al texto origi-

5 Ley 155 del 24 de diciembre de 1959, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

6 Ley 170 del 15 de diciembre de 1994, “Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la ‘Organización Mundial de Comercio (OMC)’; suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino”.

7 Ley 172 del 16 de diciembre de 1995, “Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994”.

8 Decisión 376 de 1995 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, “Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología”.

9 El numeral 10 del artículo 189 de la Carta confiere al Presidente de la República, las funciones de “Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento” y el 11, ya citado, la de ejercer la potestad reglamentaria.

nal, por la concordancia que se hizo con el Decreto 210 de 2003, referente a los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El Decreto 1112 de 1996 fue el creador del Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, mediante el artículo 1º, con el siguiente alcance:

“Artículo 1. Objeto. Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad. Créase el Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, que en adelante se denominará ‘el Sistema’, con el fin de centralizar la información sobre Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad”.

Como se aprecia, la información sobre los reglamentos técnicos hace parte del mencionado Sistema, lo cual es ratificado por el artículo 2º del citado decreto que prevé lo siguiente:

“Artículo 2º. Conformación. El Sistema estará conformado por la información sobre Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, suministrada por el Consejo Nacional de Normas y Calidades, el organismo nacional de normalización y las entidades que estén facultadas para la expedición de reglamentos técnicos y por los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales de que sea parte el país.

La representación y coordinación del Sistema estará a cargo de la División de Normalización y Calidad del Ministerio de Desarrollo Económico en su calidad de Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Normas y Calidades¹⁰, de conformidad con los numerales 2 y 4 del artículo 22 del Decreto 2152 de 1992”.

En relación con el contenido de los Reglamentos Técnicos, el artículo 6º del Decreto 1112 de 1996 lo establece en la siguiente forma:

“Artículo 6º. Del contenido del Reglamento Técnico. Los Ministerios y entidades de cualquier orden facultados para expedir reglamentos técnicos, deberán observar la siguiente metodología para su elaboración:

1. *Objeto y campo de aplicación.* Precisar la finalidad del reglamento, así como los productos o servicios comprendidos en él.

2. *Contenido técnico específico del reglamento.* Deberá abarcar como mínimo los siguientes aspectos:

2.1. *Definiciones.* Contiene las necesarias para la adecuada interpretación del reglamento.

2.2. *Condiciones generales.* La descripción de las características generales del producto, tales como su olor, color, apariencia, aspecto, presentación, procesos previos, elementos que no

¹⁰ Hoy, la Dirección de Regulación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme al artículo 2.2.1.8.1.1 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

debe contener además de los permitidos y todas aquellas características necesarias del bien o servicio.

2.3. Requisitos. Establecer en forma detallada los requerimientos técnicos que debe cumplir el bien o servicio objeto de reglamento.

2.4. Envase, empaque y rotulado o etiquetado. Descripción de los requerimientos necesarios que debe cumplir el producto en su envase o empaque, así como la información que debe contener el producto o el servicio, incluyendo su contenido o medida.

2.5. Procedimientos para verificar el cumplimiento de los requisitos. Señalar los métodos y condiciones de los ensayos a que debe someterse el bien o servicio para considerarse ajustado a los requisitos.

3. Inspección, vigilancia, control, medidas de seguridad o preventivas. Definición de los controles a los cuales quedan sujetos los importadores, productores y comercializadores de los bienes y servicios objeto del reglamento.

4. Certificación o registros. Define el tipo de certificado o registro al cual debe acceder el importador o el productor del bien o servicio para su comercialización.

5. Partida arancelaria. Se deberá especificar la partida arancelaria bajo la cual está cobijado el producto de que se trate.

6. Régimen sancionatorio. Especifica las sanciones legales previstas que serán aplicadas por incumplimiento de lo establecido en el reglamento”.

Al confrontar el Decreto 1944 de 1996 con esta disposición, se observa que sigue en general, los lineamientos del contenido de los reglamentos técnicos, faltando los indicados en los numerales 4 y 5 referentes al certificado o registro para la comercialización y la partida arancelaria.

Ahora bien, el considerando octavo del Decreto 1944 de 1996 señala que “el Decreto 1112 del 24 de junio de 1996, en sus artículos 4º y 9º establece los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente”. Estas normas disponen lo siguiente:

“Artículo 4. Notificaciones. *Las entidades competentes, deberán notificar al Sistema los proyectos de Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad que pretendan expedir, para que este a su vez notifique lo pertinente a los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales, a más tardar diez (10) días después, contados a partir de la recepción de la notificación en la Secretaría Técnica de que trata el artículo 2.*

Las entidades no podrán disponer la entrada en vigencia de la medida proyectada antes de sesenta y cinco (65) días, contados a partir de la fecha de la notificación oficial al órgano competente del acuerdo internacional correspondiente, fecha que deberá ser informada por el Sistema.

Una vez expedida la medida definitiva, deberá ser nuevamente notificada al Sistema, para ser notificada nuevamente a los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales.

Parágrafo 1°. *Los proyectos de Normas Técnicas propuestas para la oficialización de obligatoriedad ante el Consejo Nacional de Normas y Calidades y los Reglamentos Técnicos que no surtan el trámite establecido en este Decreto, no podrán entrar en vigencia.*

Parágrafo 2°. *Las entidades competentes que expidan Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente o de Emergencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9° del presente Decreto, deberán notificarlos al Sistema dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su expedición, para poder dar cumplimiento a lo establecido, para estos casos, en los acuerdos comerciales internacionales.*

Parágrafo 3°. *Las entidades competentes, a las que se refiere el presente artículo, remitirán sus notificaciones al Sistema siguiendo los lineamientos y formatos que para tal efecto este suministrará”.*

“Artículo 9°. De la expedición de Reglamentos con Carácter Urgente. *Si se presentan o amenazarán presentarse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional, se podrán expedir Reglamentos Técnicos con Carácter Urgente o de Emergencia. Dichos reglamentos técnicos se podrán basar en una Norma Técnica Colombiana o en su defecto, en una Norma Técnica Internacional emitida por un organismo reconocido, en caso de no existir Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria.*

Si transcurridos doce (12) meses después de la expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, que se ha basado en una Norma Técnica Colombiana, esta norma técnica no se ha oficializado como Norma Técnica Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia.

Si transcurridos doce (12) meses después de su expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, no se ha adoptado o adaptado la Norma Técnica Internacional base del mismo como Norma Técnica Colombiana y oficializada la misma como Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia”.

La consulta indaga si el Decreto 1944 de 1996 se encuentra en la actualidad, vigente o no, “teniendo en cuenta las obligaciones que de tales disposiciones (se refiere a los citados artículos 4° y 9°) se desprendían, en relación con la expedición de reglamentos técnicos y al no existir certeza acerca de haberse efectuado la notificación al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, en el marco de lo previsto por el parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 1112 de 1996, ni haberse adoptado la Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria (...).”

C. El Decreto 1944 de 1996 no constituye un Reglamento Técnico en los términos del Decreto 1112 de 1996

La Sala observa que el Decreto 1944 de 1996 invoca como facultades específicas para su expedición, las conferidas al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, referente a la potestad reglamentaria, lo cual le da el carácter de decreto reglamentario.

En su primer considerando cita el Título V de la Ley 9ª de 1979, la cual viene a ser la ley reglamentada por este decreto, en la medida en que dicha ley, “*Por la cual se dictan medidas sanitarias*”, trata en el citado Título sobre “*Alimentos*” y en uno de sus capítulos titulado “*De los alimentos y bebidas enriquecidas*”, contempla los artículos 413 a 415 que disponen lo siguiente:

“Artículo 413. *Se considerarán alimentos enriquecidos aquellos que contengan elementos o sustancias que le impriman este carácter y en las cantidades que establezca el Ministerio de Salud.*

Artículo 414. *En los alimentos y bebidas se prohíbe la adición de sustancias enriquecedoras que no estén aprobadas por el Ministerio de Salud.*

Artículo 415. *Los rótulos y la propaganda de los productos alimenticios enriquecidos cumplirán con las disposiciones de este título y, además, contendrán el nombre y la proporción del elemento o elementos enriquecedores”.*

Ahora bien, el Decreto 1944 de 1996, aunque menciona en el octavo considerando los artículos 4º y 9º del Decreto 1112 de 1996 para señalar que establecen “*los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente*” y en el noveno considerando indica que el reglamento contenido en el decreto “*es de carácter urgente*” por el impacto en la salud pública, no constituye un Reglamento Técnico, de acuerdo con las condiciones fijadas por el citado Decreto 1112 de 1996, por lo siguiente:

1. En primer lugar, el epígrafe del Decreto 1944 de 1996 dice textualmente: “*Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control*”, con el cual se aprecia que emplea la fórmula de “*Por el cual se reglamenta*”, que es la tradicional en los decretos reglamentarios.

No expresa “*Por el cual se establece o se dicta el Reglamento Técnico de fortificación de la harina de trigo*” o más precisamente, “*Por el cual se expide el Reglamento Técnico de Carácter Urgente para la fortificación de la harina de trigo*” o alguna fórmula parecida. Tampoco aparece en el texto del Decreto 1944 la mención de que constituye un Reglamento Técnico.

Se trata pues, de un decreto reglamentario de la actividad de fortificación de dicho alimento.

2. Si se hubiera tratado de un Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, en los considerandos del Decreto 1944 de 1996 debía aparecer la anotación de que el proyecto del mismo fue notificado al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normaliza-

ción y Evaluación de la Conformidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4º del Decreto 1112 de 1996. Tal circunstancia no aparece mencionada, de lo cual se infiere que no se realizó.

El párrafo 1º de dicho artículo 4º dispone que los Reglamentos Técnicos que no surtan el trámite establecido en el Decreto 1112 “*no podrán entrar en vigencia*”, y se advierte que el Decreto 1944 de 1996 entró efectivamente en vigencia como un decreto reglamentario que es, que no un Reglamento Técnico, el día de su publicación, conforme al artículo 13, la cual ocurrió en el Diario Oficial n.º 42.909 del 30 de octubre de 1996.

3. El párrafo 2º del aludido artículo 4º dispone que los Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente se deben notificar al mencionado Sistema dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su expedición, para poder cumplir lo establecido en estos casos, en los acuerdos comerciales internacionales, de lo cual no hay certeza, según lo expresado en la consulta, lo cual ratifica que no se le dio al Decreto 1944 de 1996 el trámite de un reglamento técnico, pues no se le consideró como tal.

4. El artículo 8º del Decreto 1112 de 1996 dispone lo siguiente:

“Artículo 8. De la expedición de Reglamentos Técnicos. Las entidades facultadas para la expedición de Reglamentos Técnicos, solo podrán expedirlos con base en una norma técnica colombiana oficial obligatoria”.

Como se advierte, esta norma exige como requisito *sine qua non* que los Reglamentos Técnicos que sean expedidos, deben tener como base una norma técnica colombiana oficial obligatoria.

Esta norma general tiene una variación en el caso de los Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente o de Emergencia que regula el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996, arriba transcrito, según el cual, esta clase de Reglamentos Técnicos “*se podrán basar en una norma técnica colombiana o en su defecto, en una norma técnica internacional emitida por un organismo reconocido, en caso de no existir norma técnica colombiana oficial obligatoria*”.

En el caso del Decreto 1944 de 1996 no se encuentra en su texto alguna disposición que establezca que el mismo se basa en una determinada norma técnica colombiana o, en ausencia de esta, en una específica norma técnica internacional, razón por la cual no constituye propiamente un Reglamento Técnico de Carácter Urgente.

Adicionalmente, los incisos segundo y tercero del artículo 9º del Decreto 1112 de 1996 contemplan dos hipótesis según la clase de norma técnica que se haya invocado en tal clase de reglamentos:

a. Si el Reglamento Técnico de Carácter Urgente se ha basado en una norma técnica **colombiana**, y han transcurrido doce (12) meses desde la expedición y notificación del reglamento al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, y dicha norma no se ha oficializado como norma técnica oficial obligatoria, el Reglamento perderá su vigencia.

b. Si el Reglamento Técnico de Carácter Urgente se ha basado en una norma técnica **internacional**, y han transcurrido doce (12) meses desde la expedición y notificación del reglamento al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, y dicha norma no se ha oficializado como norma técnica colombiana oficial obligatoria, el Reglamento perderá su vigencia.

Ninguna de estas previsiones se hizo en el caso del Decreto 1944 de 1996, precisamente porque este no se basó en ninguna norma técnica, ni colombiana ni internacional.

Antes bien, el artículo 12 del Decreto 1944 previó un plazo de ocho (8) meses para que los industriales fabricantes de la harina de trigo dieran cumplimiento al decreto, con lo cual se reafirma su carácter de decreto reglamentario de vigencia inmediata, pues si fuera un Reglamento Técnico de Carácter Urgente hubiera tenido en cuenta el plazo de los doce (12) meses para oficializar la norma técnica en la que se hubiera basado, en el sentido de prever, por ejemplo, que si se cumplía este plazo sin la oficialización de la norma técnica, el Decreto 1944 perdía su vigencia, o que el plazo otorgado a los industriales fabricantes se concedía a partir de la oficialización de la norma técnica que se produjera dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición del decreto. No se dijo nada al respecto, en razón de que el Decreto 1944 se expidió sin basarse en una norma técnica colombiana o en su defecto, internacional, como lo contempla el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996.

Precisamente, el Ministerio de Salud y Protección Social, en la consulta, plantea que *“el artículo 9º del Decreto 1112, no advierte qué sucede en el caso de no existencia de una norma técnica nacional o internacional, de forma tal que no sería posible considerar los efectos de pérdida de vigencia del Decreto 1944 de 1996”*.

Conviene señalar que, como lo expresa la consulta, la medida de fortificación de la harina de trigo no se habría podido sustentar, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996, en una norma técnica colombiana o internacional, *“toda vez que la misma tuvo como fundamento el diagnóstico consignado en el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005”*.

Ante esa anotación, la Sala observa que si el Reglamento Técnico de Carácter Urgente no se basa en una norma técnica colombiana o a falta de esta, en una internacional, conforme a dicho artículo 9º, no puede constituir un Reglamento Técnico en los términos del Decreto 1112 de 1996 y por tanto, no pueden tener aplicación las consecuencias de pérdida de vigencia previstas en el mencionado artículo.

En síntesis, el Decreto 1112 es del 24 de junio de 1996 es anterior al Decreto 1944 de 1996 del 28 de octubre del mismo año, sobre la fortificación de la harina de trigo, y se observa que si bien con este último se trata de establecer un Reglamento Técnico de Carácter Urgente, en la medida en que su octavo considerando citó los artículos 4º y 9º del Decreto 1112 y el noveno considerando dijo que el reglamento era de carácter urgente, y se siguió el artículo 6º de este que señala el contenido del reglamento técnico, lo cierto es que no se basó en una norma técnica colombiana, o en su defecto, en una norma técnica internacional, que, de acuerdo con los artículos 8º y 9º del Decreto 1112, vigentes en ese momento, se requería como fundamento de la expedición de un Reglamento Técnico de Carácter Urgente.

Ahora bien, el Gobierno nacional dictó el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*”, el cual estableció en el artículo 4.1.1. lo siguiente:

“Artículo 4.1.1 Derogatoria integral. *Este Decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, quedan derogados todos los decretos de naturaleza reglamentaria relativos al Sector Salud y Protección Social que versan sobre las mismas materias.*

Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto” (Resalta la Sala).

La Sala observa que el Decreto 1944 de 1996 **no** quedó comprendido dentro de la mencionada derogatoria integral, por cuanto se refiere a la reglamentación de la fortificación de la harina de trigo y el establecimiento de sus condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control, y el Decreto 780 de 2016 no se refirió a ninguna de estas materias. Así, el Decreto 1944 de 1996 mantiene su vigencia.

Por consiguiente, ante su contenido explícito, sus objetivos, su vigencia inmediata a la publicación en el Diario Oficial, el fundamento constitucional para su expedición, la ausencia de norma técnica colombiana o internacional que pueda darle la naturaleza de Reglamento Técnico, la **no** derogación del mismo por el artículo 4.1.1 del Decreto 780 de 2016, no puede existir conclusión diferente a señalar que la norma de que trata el Decreto 1944 de 1996 se encuentra vigente.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que el Decreto 1944 de 1996, “*Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control*”, se encuentra vigente dado que se trata de un decreto reglamentario del Título V de la Ley 9ª de 1979, expedido en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que no ha sido derogado por una ley u otro decreto, ni anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa.

LA SALA RESPONDE:

“1. ¿A la fecha puede considerarse vigente y por ello aplicable el Decreto 1944 de 1996?”

El Decreto 1944 del 28 de octubre de 1996, “*por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control*”, a la fecha se encuentra vigente y por tanto, es aplicable.

Remítase al señor Ministro de Salud y Protección Social 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.



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia

