

INCODER – Junta directiva. Representante de las comunidades negras.

El periodo del delegado de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER es el señalado en el decreto 3759 de 2009. La permanencia en el cargo hasta la designación del remplazo. En este aspecto, la segunda parte del artículo 3 del decreto 2520 de 2003 señala: “Art.3 (...) Si al vencimiento del período correspondiente los representantes a los cuales hace referencia el presente decreto, no son reelegidos o reemplazados, continuarán los anteriores hasta cuando se efectúe la elección. Una vez producida esta en propiedad, ella se entenderá efectuada para el resto del período.” Por tanto, conforme indica esta disposición, en el caso particular consultado, el representante de las comunidades negras deberá permanecer en su cargo hasta que se designe su reemplazo. En relación con este aspecto, la Sala ha indicado que salvo que se trate de periodos institucionales, donde opera la desinvestidura automática, existe desde la Ley 4 de 1913 una regla general de permanencia en el cargo hasta la designación del respectivo reemplazo, con la cual se asegura la continuidad de la función pública y el adecuado funcionamiento de los servicios estatales. De modo que la aplicación de esa misma regla general de la función administrativa al caso de los representantes de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER, no desconoce por sí misma principios o mandatos superiores. Por el contrario, dicha regla asegura en el caso particular analizado, la continuidad en la representación de las comunidades negras en el INCODER, la cual no se verá afectada por el retraso en la designación de la persona que reemplazará al representante cuyo periodo ha vencido. En ese sentido, lo que se observa es un refuerzo de la protección a la diversidad étnica y de su derecho de participación efectiva en las políticas y decisiones públicas de este sector.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO / LEY 153 DE 1886 - ARTICULO 14 / LEY 4 DE 1913 / LEY 70 DE 1993 - ARTICULO 45 / DECRETO 3520 DE 2003 / DECRETO 3530 DE 2003 / DECRETO 2520 DE 2003 / DECRETO 3770 DE 2008 / DECRETO 3759 DE 2009 - ARTICULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00069-00(2119)

Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

Referencia: Junta Directiva del INCODER. Representante de las comunidades negras.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a la Sala cuál es el periodo del delegado de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER y si dicho representante debe permanecer en el cargo hasta que se designe su remplazo o debe separarse del mismo de manera automática cuando se venza su periodo.

I. ANTECEDENTES

El organismo consultante señala como antecedentes de la consulta lo siguiente:

1. El artículo 6 del decreto 3759 de 2009 regula la integración del Consejo Directivo del INCODER, entre cuyos miembros está un delegado de las comunidades negras.

2. Para el nombramiento de dicho delegado, el mismo artículo 6 del decreto 3759 de 2009 remite a lo previsto en el decreto 3520 de 2003, según el cual:

2.1 El representante de las comunidades negras será elegido por un periodo de dos (2) años, por los representantes de las comunidades legalmente constituidas que concurren a la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, creada por el artículo 45 de la Ley 70 de 1993.

2.2. Al vencimiento de su periodo, el representante de las comunidades negras debe permanecer en su cargo hasta que se designe su reemplazo.

3. Con base en lo anterior, el delegado de las comunidades negras en el INCODER, cuyo periodo venció el 23 de octubre de 2011, continúa actualmente ejerciendo el cargo en la medida que aún no ha sido elegido su reemplazo.

4. De otro lado, el decreto 3770 de 2008, que reglamenta la conformación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras (encargada de la elección del representante de las comunidades negras ante el INCODER), establece que sus miembros tendrán un periodo institucional de 3 años (no reelegible), a cuyo vencimiento cesan automáticamente en sus cargos y desaparece su representatividad de las comunidades negras. Aclara la entidad consultante que el periodo de los miembros de la última Comisión Consultiva venció el 11 de noviembre de 2011 y que apenas está en proceso la conformación de una nueva comisión.

5. En este contexto, se ha presentado una discusión sobre si el decreto 3520 de 2003, se encuentra derogado tácitamente por el decreto 3770 de 2008, con las consecuencias que ello tendría en el periodo y la permanencia en el cargo del representante de las comunidades negras en el INCODER.

Con base en lo anterior, se formulan a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿El Decreto 3520 de 2003 está actualmente vigente? O ¿fue derogado tácitamente de manera total o parcial por el Decreto 3770 de 2008?

2. Si el Decreto 3520 de 2003 fue derogado tácitamente por el Decreto 3770 de 2008, ¿podría ser revivido por la simple mención que del primero hace el artículo 6º del Decreto 3759 de 2009, de estructura del INCODER, o se aplica el artículo 14 de la Ley 153 de 1886?

3. *¿El periodo de la delegada de las comunidades negras ante el Consejo Directivo del INCODER se sujeta al artículo 3º del Decreto 3520 de 2003 o al artículo 23 del Decreto 3770 de 2008?*

4. *¿La actual delegada de las comunidades negras ante el Consejo Directivo del INCODER conserva su representatividad pese a que la Comisión Consultiva de Alto Nivel, de la que hacía parte, actualmente no está conformada?*

5. *Si la actual delegada de las comunidades negras ante el Consejo Directivo del INCODER carece de representatividad, ¿en qué medida se ven afectadas las decisiones adoptadas por el órgano colegiado?"*

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los antecedentes expuestos, el problema principal que debe resolverse está en la posible derogatoria del decreto 3520 de 2003 por el decreto 3770 de 2008, de manera que sería este último y no el primero, el que regularía el periodo y permanencia del representante de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER. Al respecto, la Sala observa lo siguiente:

1. El **decreto 3759 de 2009**¹, por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder, y se dictan otras disposiciones, establece en relación con esta consulta (i) que la Junta Directiva de la entidad estará conformada, entre otros, por un representante de las comunidades negras; (ii) que la designación de dicho representante se regirá por el decreto 2520 de 2003; y (iii) que su periodo será de 2 (dos) años:

“Artículo 6º. *Integración del Consejo Directivo.* El Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - Incoder, sesionará por lo menos una vez al mes, por convocatoria que realice el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado. Estará integrado por los siguientes miembros:

(...)

12. Un delegado de las Comunidades Negras.

(...)

Para la elección de los representantes de las organizaciones campesinas, de los gremios del sector agropecuario, de las comunidades negras e indígenas debe estarse a lo previsto en el decreto 3520 de 2003. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para la elección de los representantes de las organizaciones de Mujeres Campesinas y del Consejo Nacional de Secretarías de Agricultura. **El período de estos representantes será de dos (2) años.**”

En este punto cabe entonces la primera aclaración, en cuanto a que el periodo del representante de las comunidades negras está determinado directamente por el decreto 3759 de 2009 que fija la estructura del INCODER y no por el decreto 3520 de 2003, el cual, como se señala enseguida, solamente reglamenta quién designa a dicho representante y desde cuando empieza a correr su periodo.

¹ El decreto 3759 de 2009 derogó el decreto 4902 de 2007, que a su vez había derogado el decreto ley 1300 de 2003 sobre estructura y funciones del INCODER.

2. Por su parte, el **decreto 3520 de 2003**, “por el cual se establecen los mecanismos para la elección de los representantes de las organizaciones campesinas, indígenas y afrocolombianas y de los gremios del sector agropecuario ante el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder”, se encarga de fijar entre otros aspectos, los siguientes:

2.1 El órgano que elige al representante de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER. Al respecto, el decreto 3520 de 2003 establece que dicho representante será elegido por los representantes de las comunidades legalmente constituidas que concurren a la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, creada por el artículo 45 de la Ley 70 de 1993:

“Artículo 1º. Los representantes de las organizaciones campesinas, indígenas y afrocolombianas y de los gremios del sector agropecuario ante el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, serán elegidos mediante el siguiente mecanismo: (...) “c) El representante de las organizaciones afrocolombianas será elegido por los representantes de las comunidades legalmente constituidas que concurren a la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, creada por el artículo 45 de la Ley 70 de 1993 y su respectivo reglamento o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.”²

2.2 La fecha a partir de la cual se cuenta el periodo de dos (2) años del representante de las comunidades negras. A este respecto, se establece:

“Artículo 3º. El período de los representantes de las organizaciones campesinas, indígenas y afrocolombianas y de los gremios del sector agropecuario, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 6º del decreto 1300 de 2003, será de dos (2) años contados a partir de su elección, que será informada al Secretario del Consejo Directivo del Incoder, mediante comunicación escrita, enviando hoja de vida del designado y los soportes necesarios.”

Como ya se señaló, este artículo no fija el periodo de los representantes allí mencionados, como parece entenderlo la entidad consultante; simplemente se limita a señalar que el periodo de dos (2) años fijado en la norma reglamentada (en su momento el decreto 1300 de 2003 y ahora el decreto 3759 de 2009) se cuenta desde la elección, a cuyo efecto deberá ser comunicada al Consejo Directivo del INCODER.

2.3. La permanencia en el cargo hasta la designación del remplazo. En este aspecto, la segunda parte del artículo 3 del decreto 2520 de 2003 señala:

“Art.3 (...) Si al vencimiento del período correspondiente los representantes a los cuales hace referencia el presente decreto, no son reelegidos o reemplazados, continuarán los anteriores hasta cuando se efectúe la elección. Una vez producida esta en propiedad, ella se entenderá efectuada para el resto del período.”

² Dicho artículo 45 de la ley 70 de 1993 establece a su vez lo siguiente: “Artículo 45. El Gobierno Nacional conformará una Comisión Consultiva de alto nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlántica y demás regiones del país a que se refiere esta ley y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para el seguimiento de lo dispuesto en la presente ley.”

Por tanto, conforme indica esta disposición, en el caso particular consultado, el representante de las comunidades negras deberá permanecer en su cargo hasta que se designe su reemplazo.

En relación con este aspecto, la Sala ha indicado que salvo que se trate de periodos institucionales, donde opera la desinvestidura automática, existe desde la Ley 4 de 1913 una regla general de permanencia en el cargo hasta la designación del respectivo reemplazo, con la cual se asegura la continuidad de la función pública y el adecuado funcionamiento de los servicios estatales³.

De modo que la aplicación de esa misma regla general de la función administrativa al caso de los representantes de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER, no desconoce por sí misma principios o mandatos superiores. Por el contrario, dicha regla asegura en el caso particular analizado, la continuidad en la representación de las comunidades negras en el INCODER, la cual no se verá afectada por el retraso en la designación de la persona que reemplazará al representante cuyo periodo ha vencido. En ese sentido, lo que se observa es un refuerzo de la protección a la diversidad étnica y de su derecho de participación efectiva en las políticas y decisiones públicas de este sector.

3. Ahora bien, como se señaló inicialmente, el problema central de la consulta está en determinar si lo que se acaba de decir sobre el representante de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER con base en el Decreto 3520 de 2003, se encuentra vigente o si fue derogado por el decreto 3770 de 2008.

Como ha indicado la Sala, una característica de las leyes y de los actos administrativos generales es su obligatoriedad *sine día*, es decir desde el momento en que las mismas entran a regir y hasta tanto no sean derogadas expresa o tácitamente por otra disposición posterior de igual o superior categoría⁴.

Particularmente, la Sala ha señalado respecto de la derogatoria⁵ que dicho fenómeno se presenta cuando por virtud de una norma posterior se produce “la pérdida de vigencia de otra ley anterior”⁶, lo que supone su inaplicabilidad a futuro⁷; y ha recordado igualmente que, como se deriva del artículo 3º de la Ley

³ Concepto 1860 de 2007, M.P. Gustavo Aponte Santos. De manera más reciente Concepto 2032 de 2010, M.P. William Zambrano Cetina: “Así mismo, desde la Ley 4 de 1913 se ha establecido una regla complementaria para asegurar la continuidad de las funciones públicas en los procesos de transición entre los servidores administrativos, conforme a la cual quien deja el cargo debe esperar la llegada de su reemplazo. Así, el artículo 281 de dicha ley estableció expresamente que “ningún empleado administrativo dejará de funcionar, *aunque su período haya terminado*, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo (...) Sobre la existencia de este deber de permanencia se pronunció esta Sala en Concepto 643 de 1994³, al señalar con base en el artículo 281 de la Ley 4 de 1913, que los miembros del Consejo Nacional Electoral (aún no se había creado la figura de los periodos institucionales – Acto Legislativo 1/2003), a pesar de que su periodo hubiere vencido, “deben permanecer en el cargo hasta cuando tomen posesión quienes deben reemplazarlos en el nuevo periodo constitucional” (...) De manera más reciente, en Concepto 1860 del 6 de diciembre de 2007³, esta Sala señaló que la regla de continuidad establecida desde la Ley 4 de 1913 debe entenderse derogada respecto de los funcionarios *de periodo institucional* (cargos de elección con periodo constitucional o legal -art.125 C.P.-), dado que su mandato es improrrogable y conlleva el retiro automático del cargo una vez cumplido el respectivo periodo.”

⁴ Concepto 1999 de 2010, M.P. William Zambrano Cetina.

⁵ Concepto 1908 DE 2008, M.P. William Zambrano Cetina.

⁶ Sentencia C-823 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Ley 153 de 1887. **ARTICULO 2o.** La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

153 de 1887⁸ y lo ha aclarado la jurisprudencia⁹, la derogatoria puede ser **expresa** -cuando la ley nueva así lo señala- o **tácita**, "(i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o (ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia."¹⁰

4. En el presente caso, dado que no hay una derogatoria expresa, se plantea la posibilidad de entender que ha habido una derogatoria tácita del decreto 3520 de 2003 por el decreto 3770 de 2008, a partir del principio general de que la norma posterior deroga la norma anterior que le sea contraria. Para ello se requiere entonces que ambas normas regulen la misma materia y que el contenido de una y otra resulten incompatibles entre sí (antinomía).

Pues bien, por medio del decreto 3770 de 2008 se "reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones." Este decreto, que se expide para reglamentar el Artículo 45 de la Ley 70 de 1993¹¹, establece, entre otros aspectos:

- La conformación de la comisión consultiva de alto nivel (artículo 1) y sus funciones (artículo 5)
- La conformación de comisiones consultivas territoriales (artículo 8 y ss.)
- El registro único de las organizaciones y consejos comunitarios de las comunidades negras y raizales (artículo 13 y s.s.)
- El periodo de los representantes de las comunidades negras en las comisiones consultivas nacional y territoriales, que será de tres (3) años (artículo 22)
- La cesación automática de la representación de los miembros de las comisiones consultivas al vencimiento de su periodo (artículo 23)¹².

Como se observa, estas disposiciones se circunscriben específicamente a la conformación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades negras, sin referirse directa o indirectamente al régimen legal del representante de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER regulado en el decreto 3520 de 2003.

⁸ Ley 153 de 1887, "Artículo 3o. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería."

⁹ "En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que la derogatoria de una ley puede ser "expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o contrarias a la de la antigua, y la tercera cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley" (Corte constitucional, sentencia C-634 de 1996, MP, Fabio Morón Díaz).

¹⁰ Sentencia C-823 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ "Artículo 45. El Gobierno Nacional conformará una Comisión Consultiva de alto nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlántica y demás regiones del país a que se refiere esta ley y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para el seguimiento de lo dispuesto en la presente ley."

¹² "Artículo 23. *Cesación de la representación.* Vencido el período de los representantes de las organizaciones de base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, y de los Consejos Comunitarios, ante las Comisiones Consultivas departamentales, distrital de Bogotá y de Alto Nivel, sin que estos hayan sido reemplazados o ratificados mediante el procedimiento de elección contemplado en el artículo 11 del presente decreto, cesarán automáticamente en el ejercicio de la representación."

Se trata entonces de dos estatutos relacionados pero diferentes y, por tanto, no opuestos entre sí, lo que descarta un fenómeno de derogatoria tácita, como se plantea en la consulta (preguntas 1 y 2).

En síntesis, si bien existe un punto de contacto entre el decreto 3520 de 2003 y el decreto 3770 de 2008, en la medida que el primero determina que la elección del representante de las comunidades negras será realizada por la Comisión Consultiva de Alto Nivel de que trata el artículo 45 de la ley 70 de 1993, y el segundo reglamenta el funcionamiento de dicha comisión consultiva, lo cierto es que esa relación entre ambas normas no llega hasta el punto de la derogatoria; por lo mismo, no es posible aplicar al representante de las comunidades negras en el INCODER, las reglas que el decreto 3770 de 2008 estableció de manera particular para la conformación de las comisiones consultivas previstas en el artículo 45 de la Ley 70 de 1993.

5. Se consulta finalmente si la terminación del periodo de la última Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras puede afectar el periodo y representatividad de la persona designada por ella en su momento para participar en la Junta Directiva del INCODER en nombre de las comunidades negras (preguntas 4 y 5).

La Sala no comparte una interpretación en ese sentido, pues de las normas transcritas anteriormente queda claro que dicha persona no representa a la comisión consultiva que lo elige ni a sus miembros, sino a las comunidades negras en general. Es así que ni el decreto 3520 de 2003 ni el decreto 3770 de 2008 determinan que los periodos de unos y otro deban coincidir, como tampoco le otorgan a la Comisión Consultiva facultades de control o remoción de la persona elegida.

Por tanto, el hecho de que el representante de las comunidades negras ante el INCODER haya sido elegido por una Comisión Consultiva cuyo periodo ya venció, no afecta su participación en el instituto descentralizado ni el régimen que le resulta aplicable en los términos del decreto 3520 de 2003.

Conforme a lo anterior,

III. LA SALA RESPONDE:

“1. ¿El Decreto 3520 de 2003 está actualmente vigente? O ¿fue derogado tácitamente de manera total o parcial por el Decreto 3770 de 2008?”

El decreto 3530 de 2003 no fue derogado por el decreto 3770 de 2008 y, por tanto, no ha perdido su vigencia.

2. ¿Si el Decreto 3520 de 2003 fue derogado tácitamente por el Decreto 3770 de 2008, ¿podría ser revivido por la simple mención que del primero hace el artículo 6º del Decreto 3759 de 2009, de estructura del INCODER, o se aplica el artículo 14 de la Ley 153 de 1886?”

Por sustracción de materia no hay lugar a responder esta pregunta.

3. ¿El periodo de la delegada de las comunidades negras ante el Consejo Directivo del INCODER se sujeta al artículo 3º del Decreto 3520 de 2003 o al artículo 23 del Decreto 3770 de 2008?”

El periodo del delegado de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER es el señalado en el decreto 3759 de 2009. El decreto 3520 de 2003 se aplicará en lo relativo al momento a partir del cual se cuenta dicho periodo y a la permanencia en el cargo hasta la designación del respectivo remplazo.

4. ¿La actual delegada de las comunidades negras ante el Consejo Directivo del INCODER conserva su representatividad pese a que la Comisión Consultiva de Alto Nivel, de la que hacía parte, actualmente no está conformada?

La actual delegada de las comunidades negras ante el Consejo Directivo del INCODER sí conserva su representatividad, en la medida que el delegado de las comunidades negras en la Junta Directiva del INCODER representa de manera general a las comunidades negras y no a la comisión consultiva que la designó.

5. Si la actual delegada de las comunidades negras ante el Consejo Directivo del INCODER carece de representatividad, ¿en qué medida se ven afectadas las decisiones adoptadas por el órgano colegiado?"

Por sustracción de materia no hay lugar a responder esta pregunta.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
BECERRA**
Consejero de Estado

AUGUSTO HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala