

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 11001-03-15-000-2009-00549-00(CA)

Actor: GOBIERNO NACIONAL

Demandado: DECRETO 1761 DE 2009

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en virtud de lo normado en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, a efectuar el control inmediato de legalidad respecto del Decreto No. 1761 de mayo 18 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional.

I. TRÁMITE ANTE ESTA CORPORACIÓN

1. La Presidencia de la República, mediante oficio fechado en mayo 20 de 2009, remitió copia simple del Decreto No. 1761 de mayo 18 de 2009, con el fin de que esta Corporación adelante el correspondiente control inmediato de legalidad, según los dictados del artículo 20 de la Ley 137 de 1994.

2. Una vez remitido el asunto al Consejo de Estado, el señor Presidente de la Corporación, mediante oficio de mayo 21 de 2009, lo remitió a la Secretaría General con el fin de que se realice el respectivo reparto.

3. El día 28 de mayo del presente año, el expediente fue remitido al Magistrado Sustanciador quien, mediante auto proferido el 4 de junio de 2009, resolvió:

“Primero: Avocar el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 1761, expedido el 18 de mayo de 2009 por el Gobierno Nacional.

Segundo: Notificar personalmente la presente decisión a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público; a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y a la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Tercero: Notificar personalmente al Ministerio Público.

Cuarto: Por Secretaría General, Fijar en lista el expediente por

el término de cinco (5) días (artículo 37 Decreto 2067 de 1991), período durante el cual cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o controvertir la legalidad del Decreto 1761 de 2009.

Quinto: Una vez vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que, si a bien lo tiene, emita el respectivo concepto en relación con la legalidad, o no, del Decreto que será objeto de control inmediato de legalidad.

Sexto: Por Secretaría General y de manera inmediata, solicítese con carácter urgente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el envío, en copia íntegra y auténtica, de todos los antecedentes administrativos del Decreto 1761 de mayo 18 de 2009 “por el cual se reglamenta el Parágrafo 3 del artículo 10 del Decreto 4334 de 2008”, para cuyo efecto tales entidades contarán con el plazo máximo de 5 días contados a partir del recibo de la correspondiente solicitud.

Séptimo: Por Secretaría General, **solicítese** al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el envío, **en copia auténtica**, del Decreto 1761 de mayo 18 de 2009, habida consideración de que la copia allegada al expediente por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República fue aportada en copia simple (folio 3”).

Las anteriores actuaciones se dispusieron con el fin de garantizar la participación ciudadana dentro del asunto citado en la referencia, para lo cual se expuso:

“La Sala Plena Contenciosa de la Corporación ha considerado, en forma mayoritaria, que la revisión de legalidad de los Decretos expedidos durante los Estados de Excepción debe efectuarse de plano, esto es sin que medie trámite o ritualidad alguna¹; sin embargo, este Despacho estima, sin que con ello se incurra en irregularidad o causal alguna de nulidad, que dentro del asunto sub examine debe garantizarse la oportunidad de participación a la ciudadanía y de intervención al Ministerio Público, entre otras, por las razones que se exponen a continuación:

1.- De conformidad con los dictados que la Constitución Política recoge en su preámbulo y en su artículo 1°, es claro que el espíritu que inspiró y orientó la institución misma de nuestro Estado Social de Derecho encuentra en la participación ciudadana uno de sus pilares fundamentales, al punto que la misma Carta lo consagra expresamente como un Derecho Fundamental (artículo 40), razón por la cual se

¹ Así ha procedido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, a través de diferentes providencias, de las cuales se citan las siguientes: sentencia de 17 de septiembre de 1996, exp. CA 001; Consejero Ponente: Mario Alario Méndez; sentencia de junio 21 de 1999, exp. CA 026, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa; sentencia de 11 de septiembre de 2000, exp. CA 051, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola; sentencia de 7 de octubre de 2003, exp. CA 0472, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, entre muchas otras.

justifica, de manera evidente, la oportunidad procesal que las leyes vigentes establecen a favor de la ciudadanía en el trámite de las acciones públicas en las cuales se debate la constitucionalidad de las leyes o la validez de los actos administrativos; de ahí que antes que resultar incompatible se presenta como necesario que dicho aspecto básico pueda y deba garantizarse, de manera efectiva, en los eventos en los cuales se proceda, de manera inmediata y sin que exista demanda judicial que lo determine, al examen de legalidad consagrado en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994.

2.- Incluso cuando la propia Constitución Política dispone en el numeral 7 de su artículo 241 que la Corte Constitucional deba emprender, de manera inmediata y automática, el examen de constitucionalidad de las disposiciones legislativas que se profieren en desarrollo o con ocasión de los estados de excepción –guerra exterior (artículo 212), conmoción interior (artículo 213) y emergencia económica, social y ecológica (artículo 215)–, cuestión que coincide perfectamente con el examen inmediato de legalidad que a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le atribuye en su artículo 20 la Ley 137 de 1994 Estatutaria de los Estados de Excepción, respecto de “las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción”, incluso en esos eventos –se reitera–, la misma Carta Política consagra la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control (artículo 242-1) al tiempo que ordena en forma obligatoria la intervención del Ministerio Público (artículos 242-2 y 278-5), solo que en esos casos específicos, para armonizar el principio de participación con los criterios de la inmediatez y la oportunidad, determina que los términos correspondientes deben reducirse a una tercera parte en relación con los plazos ordinarios (artículos 242-5).

3.- Los asuntos que se someten a control de legalidad por parte del Consejo de Estado se definen mediante la expedición de una sentencia judicial, razón por la cual dicha decisión participará de todos los efectos previstos en la ley para esa clase de providencias, lo cual refuerza la importancia y la necesidad de que en el proceso encaminado a la producción de un fallo judicial no se adopte de plano la decisión de fondo sino que se respeten los principios que informan el debido proceso y se garantice el acceso a la actuación a los interesados y eventuales afectados, que en estos casos están integrados por la ciudadanía en general, en concordancia con lo previsto frente a las distintas acciones públicas de nulidad que de ordinario cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

4.- Dado que el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 –el cual le atribuye a esta Corporación la competencia para pronunciarse respecto del presente asunto– guardó silencio en relación con el trámite a seguir ante los casos de esta naturaleza, el Despacho estima procedente dar aplicación, por vía de analogía, a lo normado en el Decreto 2067 de 1991, especialmente en lo que corresponde a sus artículos 37 y 38, con el fin de garantizar en esta actuación el acceso a la participación ciudadana y la intervención del Ministerio Público, según lo expuesto anteriormente”.

4. En cumplimiento a lo dispuesto en el transcrito auto de 4 de junio de 2009, la Secretaría General del Consejo de Estado procedió a notificar a la Nación, por conducto de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Comercio, Industria y Turismo y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, diligencia que se efectuó el día 17 de mayo de 2009 (fls. 11-13)

Dentro del término de fijación en lista, el cual transcurrió durante los días 20 al 30 de junio del presente año, intervinieron las siguientes personas:

a) Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Argumentó que la normatividad que se somete al control inmediato de legalidad tuvo como finalidad la reglamentación del parágrafo 3° del artículo 10 del Decreto 4334 de 2008, a través del cual se adoptaron medidas urgentes con fuerza de ley, para intervenir de manera inmediata en las operaciones y en el patrimonio de las personas involucradas en las captaciones no autorizadas de dinero del público, con el propósito de evitar que esa clase de conductas se generalizara.

Uno de los aspectos que fue previsto en el Decreto 4334, fue la manera en la cual se procedería al pago de los honorarios de los agentes interventores y los gastos propios de la intervención, aspecto sobre el cual se dispuso que serían cancelados con cargo al patrimonio de la intervenida o, en su defecto, que serían pagados por el Fondo Cuenta que para el efecto fuere constituido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con las instrucciones en tal dirección impartidas por la Superintendencia de Sociedades.

En este sentido, el interviniente advirtió acerca de la necesidad de la creación del aludido Fondo, habida cuenta de que, ateniendo a lo normado en el aludido Decreto 4334 de 2008, los recursos obtenidos por parte de los sujetos intervenidos en desarrollo de las actividades de captación no autorizada, no forman parte del patrimonio del intervenido toda vez que, a través del procedimiento de toma de posesión de tales empresas, las referidas sumas de dinero deben ser objeto de devolución a las personas afectadas.

Así pues, comoquiera que los dineros obtenidos habrían de ser reintegrados a los afectados, resultaba necesario que los honorarios y los gastos originados en los procesos de toma de posesión fuesen pagados con sumas diferentes de aquellas que pertenecieran al patrimonio de las personas intervenidas, cuya destinación ya estaba definida teniendo en cuenta, además, que el pago de los gastos y de los honorarios en comento sólo podía ser realizado con cargo a los saldos resultantes —en caso de existir— de los activos recaudados, una vez efectuadas las devoluciones respectivas.

En ese orden de ideas, concluyó el apoderado del Ministerio interviniente que el Decreto objeto del estudio de legalidad se expidió con fundamento en la facultad reglamentaria que por expreso mandato constitucional se le asignó al Gobierno Nacional, la cual debe ceñirse a las limitaciones previstas en la Carta y a la exigencia consistente en que la materia objeto de reglamentación fuese de aquellas propias de la prestación del servicio público de Administración de Justicia; finalizó señalando que el Ejecutivo, al proferir las normas objeto de debate, no invadió la competencia que le corresponde al Legislativo, en la medida en que acudió a las facultades que le atribuyen tanto la Constitución Política, como la Ley 137 de 1994 y el Decreto 4334 de 2008 (fls. 22-26).

b) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Ministerio en referencia comenzó su intervención aclarando que la potestad reglamentaria con fundamento en la cual se expidió el acto general cuya conformidad a Derecho se analiza en el presente asunto, puede ser ejercida no sólo con el fin de reglamentar las leyes, sino también con el de desarrollar los decretos legislativos, como lo ha manifestado la Corte Constitucional; advirtió que el Decreto 1761 examinado se ajusta al ordenamiento jurídico, toda vez que no incluye normas penales, disciplinarias o sancionatorias; tampoco contempla disposiciones reservadas a la Constitución Política o a la ley, ni está dirigido a limitar los derechos fundamentales, puesto que su finalidad es la de reglamentar un aspecto necesario para la ejecución del antes citado Decreto 4334, como lo es el consistente en instrumentalizar la medida tendiente a constituir, como mecanismo alternativo de financiación, un fondo operado por la Superintendencia de Sociedades con los recursos que le fueren transferidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por esta vía, vale decir, con la adopción de un mecanismo alternativo de financiación —según explicó la entidad interviniente—, se busca proteger a los ciudadanos defraudados por los captadores ilegales puesto que, de no procederse así, resultaría necesario afectar el patrimonio de las intervenidas con el fin de pagar los honorarios y demás gastos originados en el procedimiento de liquidación, cuando resulta incuestionable que tales recursos deben ser destinados prioritariamente a la devolución de los dineros indebidamente captados del público; de igual forma, puntualizó el Ministerio que en la reglamentación del Fondo se incluyeron elementos orientados a evitar la adopción de decisiones caprichosas o inconsultas por parte de sus responsables, al disponerse que dicho Fondo se sujetaría a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política, en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en las demás normas pertinentes —inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1761 de 2009—, con lo cual se propende por el manejo transparente y vigilado de los recursos destinados al funcionamiento del multicitado Fondo.

El apoderado del Ministerio de Hacienda concluyó su argumentación indicando que el Decreto 1761 de 2009 cumplió con los requisitos de forma para su expedición (fls. 46-49).

c) Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Reiteró los argumentos expuestos por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo; agregó que con la creación del Fondo no se contraría derecho alguno, puesto que no sólo atiende a la necesidad de proteger los dineros del público de la amenaza constituida por una actividad que potencialmente tenía la capacidad de afectar diversos bienes jurídicos y de alterar el orden público, sino que pretende garantizar el pago de unas obligaciones radicadas en cabeza del Estado como lo son el pago de los honorarios de los interventores y de los gastos de la intervención; en consecuencia, agregó, la constitución del Fondo se incardina dentro del procedimiento de toma de posesión como medida orientada a hacer frente a los acontecimientos a los cuales dio lugar la actividad ilegal de captación de dineros del público y que determinaron la declaratoria del estado de emergencia social (fls. 54-61).

d) La Superintendencia de Sociedades.

Tras efectuar un recuento de los antecedentes que llevaron a la expedición del Decreto 1761 de 2009, señaló que el Consejo de Estado es el órgano competente para conocer del control inmediato de legalidad, toda vez que se trata de un acto general que define los aspectos de orden presupuestal necesarios para la implementación del Fondo destinado al pago de los honorarios de los agentes interventores y de los gastos propios del proceso de intervención.

Adujo que en desarrollo de lo establecido en el artículo 10, parágrafo 3° del Decreto 4334 de 2008, corresponde a la Superintendencia de Sociedades “indicarle” al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la constitución del referido Fondo, lo cual se produjo mediante oficio 100-071406 del 6 de mayo de 2009; asimismo, consideró que la norma objeto de estudio fue expedida en ejercicio de la función administrativa reglamentaria, dado que desarrolla un Decreto Legislativo, razón por la cual concluye que se cumplen los requisitos exigidos en la Ley 137 de 1994 para que se lleve a cabo el control inmediato de legalidad.

En cuanto a los requisitos de forma y de fondo necesarios para la expedición del acto enjuiciado, manifestó el interviniente que el Presidente de la República era el competente para expedir la norma reglamentaria en cuestión, de conformidad con lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política; además, indicó que el acto estudiado fue suscrito por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo e, igualmente, fue publicado en el Diario Oficial.

Añadió que el referido Decreto 1761 de 2009 guarda una relación de conexidad con los Decretos 4333 y 4334 de 2008, toda vez que mediante éstos últimos se decretó el estado de emergencia social y se adoptaron medidas para superarlo, entre las cuales fueron incluidas la intervención en las operaciones de las personas naturales y jurídicas que hubieren participado en la actividad financiera sin la debida autorización, a través de la toma de posesión de los activos respectivos por parte de la Superintendencia de Sociedades, autorizando para el efecto el nombramiento de un agente interventor, el cual debía ser remunerado, de conformidad con lo previsto por el parágrafo 3° del artículo 10 del Decreto 4334 de 2008, con cargo al patrimonio de la intervenida o, en su defecto, con cargo al fondo cuenta que se creare con dicha finalidad.

Por su parte, la expedición del Decreto 1761 de 2009 —continúa el interviniente—, en desarrollo del Decreto 4334 de 2008 y ante la declaratoria de

inconstitucionalidad del Decreto 4705 de 2008 por parte de la Corte Constitucional, se hacía necesaria con el fin de continuar adelante con los antes mencionados procesos de intervención; por tal razón el Superintendente de Sociedades solicitó la creación del Fondo, decisión ésta que se adoptó mediante el examinado Decreto 1761 de 2009; éste, por lo demás, en criterio del libelista, resulta proporcional respecto de las medidas de excepción, puesto que se limitó a materializar la creación del Fondo en el presupuesto de la Superintendencia de Sociedades; finaliza su exposición, el apoderado de la Superintendencia en mención, afirmando que la norma *sub-examine* resulta conforme a Derecho por haberse fundamentado en las previsiones del Decreto 4334 de 2008, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional (fls. 66-73).

5.- Concepto del Ministerio Público.

Por su parte, el Ministerio Público, mediante concepto allegado el día 10 de julio de 2009, solicitó que se declarara ajustado a derecho el Decreto 1761 de 2009, habida consideración de que —en criterio de la Vista Fiscal— el cuerpo normativo en cuestión cumple con los requisitos exigidos para su validez en las disposiciones pertinentes; en efecto, según el ente de control, la norma proferida es de carácter general dado que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, referidos a una pluralidad de personas indeterminadas; además, fue proferida en ejercicio de la función administrativa, puesto que tiene como propósito facilitar el cabal cumplimiento y ejecución de la norma que reglamenta, es decir, del Decreto 4334 de 2008.

Finalmente, afirmó la Agencia Fiscal que entre la disposición jurídica objeto de examen y el Decreto 4334 de 2008 existe una relación directa, en la medida en que en desarrollo de esta última norma, por cuya virtud se previó el pago de honorarios a los interventores, el Decreto 1761 se encargó de reglamentar ese pago a través de la creación del respectivo Fondo cuenta.

6.- Los antecedentes administrativos del Decreto en examen.

En cumplimiento de la orden impartida mediante auto del 4 de junio de 2009, se ofició a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, así como al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con el fin de requerir la remisión de los antecedentes, estudios o

soportes del aludido Decreto 1761 de 2009, no obstante lo cual no fueron allegados al presente encuadernamiento.

En efecto, mediante oficio No. OFI09-00065270 / AUV 13200, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República de Colombia informó que en esa Secretaría no reposaban los antecedentes de dicho acto, razón por la cual trasladó el requerimiento correspondiente a los demás Ministerios intervinientes en el *sub lite* (fls. 19-21); el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por su parte, mediante oficio No. 3686 del 17 de junio de 2009, manifestó que en esa entidad no reposan los antecedentes del citado Decreto y, por consiguiente, dio traslado de la solicitud al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el cual, a través de la comunicación No. OJ-OFEX-0112 del 1° de julio de 2009, indicó que en sus instalaciones tampoco se encuentra los citados antecedentes administrativos y devolvió el pedimento en cuestión a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Posteriormente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó un informe técnico suscrito por la Directora General de Regulación Financiera de dicho Ministerio, en el cual, además de emitir un concepto acerca de la legalidad del Decreto examinado, la funcionaria en mención expresó que dado que este tipo de regulaciones responden al acaecimiento de hechos sobrevinientes y extraordinarios que ameritan la adopción de decisiones urgentes, tales actos carecen de antecedentes administrativos.

7. Por último, el referido Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó copia auténtica del Decreto 1761 de 2009, habida consideración de que el ejemplar que del mismo había sido remitido inicialmente, con destino al presente expediente, por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, se trataba de una copia simple.

II. TEXTO DEL DECRETO MATERIA DE REVISION

El contenido del decreto objeto de control es el siguiente²:

*“DECRETO 01761
(Mayo 18 de 2009)
Por el cual se reglamenta el Parágrafo 3 del artículo 10 del*

² Publicado en el Diario Oficial No. 47.353 de 18 de mayo de 2009.

Decreto 4334 de 2008

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial la conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

“ARTICULO 1. Establécese, en la Superintendencia de Sociedades, el fondo cuenta a que se refiere el parágrafo tercero del artículo 10 del decreto 4334 de 2008, con los recursos que para el efecto transfiera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de atender el pago de los honorarios de los agentes interventores y demás gastos propios que demanden los procesos de intervención, a que se refiere la mencionada norma.

Dicho fondo se sujetará a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política, en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en la Ley Anual de Presupuesto y en las demás normas relacionadas con las competencias de la Superintendencia de Sociedades.

ARTICULO 2. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación” (fl. 166).

III. CONSIDERACIONES:

3.1. Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, considera la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón del control automático o inmediato de juridicidad del Decreto Nacional 1761 de 2009, resulta imperativo despejar los siguientes problemas jurídicos:

(i) Precisar cuál es el alcance del control de juridicidad a llevar a cabo en el *sub júdice*, especialmente en cuanto tiene que ver con la identificación del marco normativo con el cual debe ser confrontado el Decreto controlado y con los alcances del pronunciamiento que, en el presente asunto, habrá de proferir la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

(ii) Determinar si en la expedición del Decreto Nacional 1761 de 2009, se cumplieron los requisitos de forma, constitucional y legalmente exigidos para su proferimiento.

(iii) Establecer si el contenido del referido Decreto Nacional 1761 de 2009 se aviene a lo preceptuado por las normas superiores en las cuales debe fundarse y/o a las cuales debe acatamiento.

3.2. Los alcances del control automático de juridicidad practicado por el Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción.

Con el propósito de dotar al Gobierno de herramientas útiles enderezadas a conjurar las situaciones de crisis frente a las cuales los mecanismos ordinarios provistos por el poder de policía resulten ineficaces, la Constitución Política prevé la posibilidad de que el Ejecutivo adopte decisiones de indudable carácter excepcional, en la medida en que las mismas no sólo pueden prescindir de atenerse a los procedimientos y a la distribución habitual de competencias efectuada entre los distintos órganos del Estado, sino que en aras de alcanzar la salvaguarda de los intereses superiores a los cuales apuntan, permiten desde la limitación de algunos derechos fundamentales —con los confines que, a este respecto, demarca el propio ordenamiento— hasta la suspensión, derogación o modificación de disposiciones legales, según fuere el caso, siempre que las determinaciones correspondientes guarden una relación de conexidad con los motivos que dieron lugar a la declaración del respectivo estado de excepción y que resulten proporcionales a las circunstancias que pretenden afrontar.

Entre los límites a las potestades de las cuales queda investido el Gobierno en virtud de la declaratoria de los estados de excepción —comoquiera que éstos no pueden constituirse en una negación de los principios y garantías consustanciales a un Estado de Derecho—, resulta menester dar cuenta de la imposibilidad de que, durante la vigencia del estado excepcional, puedan desconocerse los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia —los cuales prohíban la limitación de tales derechos durante los estados de excepción—, el derecho internacional humanitario y los demás derechos inherentes a la persona humana, aunque no figuren expresamente en la Constitución Política, así como también la prohibición de

interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del Poder Público o de los órganos del Estado o de suprimir o modificar los organismos y las funciones básicas de acusación y de juzgamiento.

En línea con cuanto se viene señalando, la Constitución Política de 1991, al regular los estados de excepción, dispuso una serie de controles tanto de orden político como de tipo jurídico, a los cuales deben someterse desde la decisión mediante la cual se produce la declaración del estado excepcional, pasando por los decretos legislativos que lo desarrollan y hasta las determinaciones adoptadas por otras autoridades con el fin de concretar, en cuanto ello resultare necesario, los cursos de acción trazados en los decretos con fuerza de ley proferidos al amparo de las facultades derivadas de la invocación del régimen extraordinario; es así cómo el Legislador Estatutario, con fundamento en lo normado por la letra e) del artículo 152 de la Carta Política, estableció, en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 —Estatutaria de los Estados de Excepción—, la figura del control oficioso e “*inmediato*” de legalidad de los actos administrativos de carácter general dictados en desarrollo de los estados de excepción, con el fin de que éstos tengan “*oportunos controles de legalidad y constitucionalidad*”³, en los siguientes términos:

“Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso-administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales”.

En relación con los propósitos del anotado control automático de legalidad, la Corte Constitucional, al realizar la revisión del citado precepto incluido en el proyecto de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, expresó lo siguiente:

“Pues bien, en los incisos primero y segundo del artículo que se revisa, se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con la competencia que allí se fija. Estas disposiciones no atentan contra la Ley Suprema y, por el

³ Gaceta del Congreso No. 151, de mayo 26 de 1993; segundo informe de ponencia en el Senado de la República, del Proyecto de Ley que habría de convertirse en la Ley 134 de 1994, p. 12.

contrario, encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la ley.

*Dicho control constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales*⁴ (subrayas fuera del texto original).

De este modo, lo que la Ley Estatutaria en cuestión ha querido es instaurar un mecanismo de control automático de legalidad de los actos administrativos que opere de forma independiente de la fiscalización que lleva a cabo la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los decretos legislativos que les sirven de fundamento, mecanismo aquél que funge como una garantía adicional de los derechos del ciudadano y de la legalidad abstracta frente al ejercicio de los inusuales poderes del Ejecutivo durante los estados de excepción (letra e) del artículo 152 constitucional); por consiguiente, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha de efectuar el examen, de manera oficiosa, de todo acto administrativo, de alcance nacional, departamental o local, que desarrolle los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, a efecto de verificar que tales determinaciones, adoptadas en ejercicio de la función administrativa, no desborden las finalidades y los límites establecidos por la Constitución, por la Ley y por el propio Gobierno Nacional en los decretos respectivos.

En la anotada dirección y con el fin de esquematizar los presupuestos de procedibilidad del aludido control inmediato de legalidad, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado lo siguiente:

“De acuerdo con esta regla son tres los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, a saber:

- 1. Que se trate de un acto de contenido general.*
- 2. Que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y*
- 3. Que el acto tenga como fin el desarrollar uno o más de los*

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994; Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

*decretos legislativos expedidos en los estados de excepción*⁵.

Asimismo, los rasgos en virtud de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha caracterizado el mencionado control inmediato son:

(i) Su carácter *jurisdiccional*, habida cuenta de que el examen del acto respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia y los efectos propios de este tipo de providencias serán los que se produzcan en virtud de la decisión que adopte la Jurisdicción acerca de la legalidad del acto controlado;

(ii) Su *integralidad*, en la medida en que los actos enjuiciados *“deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico”*⁶ y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye

*“... la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”*⁷;

(iii) Su *autonomía*, consistente en que resulta *“posible realizar su revisión antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan”*⁸; lo anterior sin perjuicio de que deban acatarse y respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo si éste ya se ha proferido o en el momento en el cual se profiera, pero sin que ello suponga la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional en relación con el proceso que adelanta el Juez Administrativo; cosa distinta es que, en el evento de ser declarado(s) inexecutable(s) el(los) decreto(s) legislativo(s) desarrollado(s) por el acto administrativo cuya

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de noviembre de 1999; Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora; Radicación número: CA-037.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: CA- 011.

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibidem.*

conformidad a derecho puede incluso haber sido decidida ya por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta última decisión administrativa pierda fuerza ejecutoria, en virtud de lo normado por el artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo⁹.

(iv) Su *inmediatez o automaticidad*, reflejada en el deber legal impuesto a las autoridades que expidan el correspondiente acto administrativo para efecto de que lo remitan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “*dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición*” —artículo 20 de la Ley 137 de 1994—; en relación con esta particularidad del mecanismo de control judicial aludido, recientemente la Sala señaló que

“el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características:

i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.

ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para que pueda controlarse es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos.

iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien lo expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal”¹⁰.

(v) Su *oficiosidad*, consistente en que si la entidad autora del acto incumple con el precitado deber de envío del mismo a esta Jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento de las decisiones respectivas de

⁹ Precepto que, en lo aquí pertinente, dispone lo siguiente: “Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de junio de 2009; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Ref.: 11001-03-15-000-2009-00305-00.

forma oficiosa “o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona”¹¹;

(vi) El tránsito a cosa juzgada relativa que, en línea de principio y según lo que defina el juez competente en cada caso concreto, deberá predicarse de la sentencia mediante la cual se resuelve el fondo del asunto; ello habida consideración de que si bien el control automático o “inmediato” en cuestión, según se ha explicado, tiene por objeto establecer la conformidad del acto examinado para “con el resto del ordenamiento jurídico”, razones tanto de índole pragmático —la práctica imposibilidad para el juez administrativo, por erudito y versado que pueda catalogársele, de llevar a cabo una confrontación real, efectiva y razonada del acto administrativo fiscalizado con todo precepto existente de rango constitucional o legal, así como con cada uno de los enunciados normativos ínsitos en cada singular disposición¹² que se integre en todo cuerpo normativo con

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de febrero de 2000; Radicación: CA-033.

¹² Se trata de la distinción entre *texto normativo* y *contenido normativo* —o entre *disposición* y *norma*—, la cual supone admitir que cada texto normativo o disposición tiene uno o varios contenidos normativos —normas— equivalentes al significado o significados razonablemente atribuibles a aquél, distinción que subyace a la posibilidad de que los jueces que examinan la constitucionalidad de la ley o la juridicidad de los actos administrativos, profieran las denominadas “sentencias interpretativas” —o de exequibilidad o legalidad condicionada—, como lo pone de presente el siguiente aparte jurisprudencial:

“Las anteriores consideraciones permiten entonces establecer algunos criterios sobre la manera como la Corte Constitucional debe, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta, avocar los debates hermenéuticos sobre normas legales.

De un lado, si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecuan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada, sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios.

De otro lado, si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico.

En tercer término, si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuales algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento.

Finalmente, existe un cuarto caso, más complejo pero con sólidas bases constitucionales. Se trata de la interpretación conforme a la Constitución de las normas legales impugnadas como técnica de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Así, es posible que una norma legal pueda ser interpretada de diversas maneras y que cada una de tales interpretaciones, individualmente considerada, no viole la Constitución... Pero en ciertas oportunidades, cuando esas interpretaciones jurídicas no son disposiciones autónomas sino interpretaciones alternativas sobre el sentido de una disposición legal, la escogencia entre las diversas hermenéuticas posibles deja de ser un asunto meramente legal y adquiere relevancia constitucional, porque afecta principios y valores contenidos en la Carta” (subrayas fuera del texto original); Cfr. Corte Constitucional,

el cual resulte menester llevar a cabo el cotejo respectivo¹³— como de contenido estrictamente jurídico, justifican que el Juez de lo Contencioso Administrativo ejerza la facultad que, sin lugar a la menor hesitación, le concierne, consistente en fijar, en cada caso, los efectos de sus pronunciamientos, en claro paralelismo con la competencia que en esta materia ha conceptualizado la Corte Constitucional a fin de precisar los efectos de sus proveídos, en desarrollo de postulados constitucionales cuya operatividad, tratándose de las decisiones proferidas por el juez administrativo, no ofrece mayor discusión.

Y es que el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, al reflexionar en punto de las facultades que le asisten, de forma exclusiva, para fijar los efectos de sus sentencias, expone diversos argumentos que bien pueden ser trasladados, *mutatis mutandi*, al análisis de las facultades que conciernen al Consejo de Estado —especialmente cuando obra como juez de la legalidad y de la constitucionalidad de los actos administrativos— para determinar cuáles han de ser los efectos y los alcances de sus proveídos; en ese orden de ideas, el principio de separación de poderes, la autonomía como elemento consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional, el valor superior de la justicia, el principio de seguridad jurídica y la primacía del orden constitucional —y del legal, tratándose de la fiscalización de actos administrativos—, constituyen razones de suficiente envergadura para justificar que el Consejo de Estado se encuentra constitucionalmente investido de la potestad de precisar cuáles son los efectos de sus sentencias, como Tribunal

sentencia C-496 de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sobre el punto también puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007); Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicado: 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257).

¹³ Por esta razón la doctrina ha llamado la atención sobre la dificultad de preconizar la cosa juzgada absoluta como característica consustancial a los fallos mediante los cuales se declaran las disposiciones examinadas como ajustadas a Derecho:

“Tratándose de sentencias de inexecutable es evidente que la decisión por virtud de la cual un precepto queda por fuera del ordenamiento jurídico goza de cosa juzgada absoluta, resultando más discutible ese carácter absoluto de la cosa juzgada en el caso de las sentencias de executable, por cuanto el carácter abstracto del control de constitucionalidad hace dudar de que efectivamente sea posible determinar con exhaustividad y cotejar con la Constitución entera o con todas las disposiciones constitucionales pertinentes el contenido completo del precepto sometido a enjuiciamiento. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que son diferentes las circunstancias de cada proceso y que, por ejemplo, en ciertos eventos la fijación del contenido de la disposición controlada es relativamente fácil (...) que hay disposiciones con un margen más o menos amplio de utilización al momento de enfrentar el control de constitucionalidad (...) y, en fin, que delante de una situación compleja la facultad de fijar los efectos de sus propios fallos le permite a la Corte apelar a la cosa juzgada relativa y conferirle el carácter definitivo e inmutable a la específica controversia resuelta, sin cerrar las vías a futuros cuestionamientos por motivos diferentes”. Cfr. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham, Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 429.

Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, del mismo modo que lo lleva a cabo la Corte Constitucional, como máxima instancia dentro de la correspondiente jurisdicción.

Así lo explicó ese Alto Tribunal al declarar contrario a la Constitución Política el artículo 45 del proyecto de la que habría de convertirse en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, pues mediante dicho precepto el Legislador pretendió establecer unas reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en sede de control judicial de constitucionalidad, atribución ésta que es del exclusivo resorte del respectivo Tribunal:

“f). ¿CUAL ES LA AUTORIDAD LLAMADA A SEÑALAR LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE?

“Para responder esta pregunta, hay que partir de algunos supuestos, entre ellos estos.

El primero, que los efectos de un fallo, en general, y en particular de los de la Corte Constitucional en asuntos de constitucionalidad, se producen sólo cuando se ha terminado el proceso, es decir cuando se han cumplido todos los actos procesales. En otras palabras, cuando la providencia está ejecutoriada.

El segundo, que la propia Constitución no se refirió a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, limitándose a declarar en el inciso primero del citado artículo 243, como se indicó, que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada. Pero, bien habría podido la Asamblea Constituyente dictar otras normas sobre la materia. No lo hizo porque, en rigor, no eran necesarias.

Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste?. Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”¹⁴.

(...)

Como puede apreciarse, los argumentos transcritos resultan

¹⁴ Nota original de la sentencia citada: Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-113 del 25 de marzo de 1993. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Sobre el particular, Cfr. también Corte Constitucional. Sentencias Nos. C-131/93 y C-226/94, entre otras.

concluyentes. A partir de ellos, se torna forzoso concluir -y reiterar- que sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias. **La prevalencia del principio de separación funcional de las ramas del poder público (Art. 113 y s.s.), el silencio que guardó la Carta Política para señalar los alcances de las providencias dictadas por los altos tribunales del Estado, la labor trascendental que cumple esta Corporación en el sentido de guardar la supremacía y la integridad de la Carta, y los efectos de “cosa juzgada constitucional” y erga-omnes que tienen sus pronunciamientos (Arts. 243 C.P. y 21 del Decreto 2067 de 1991), son suficientes para inferir que el legislador estatutario no podía delimitar ni establecer reglas en torno a las sentencias que en desarrollo de su labor suprema de control de constitucionalidad ejerce esta Corte**¹⁵ (énfasis añadido).

Por consiguiente, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, Tribunales entre los cuales el Constituyente de 1991 repartió la atribución de llevar a cabo el control de constitucionalidad abstracto de las disposiciones de rango infraconstitucional, tienen la facultad de precisar cuáles serán los efectos de sus pronunciamientos en tan delicada materia; así pues, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, cuentan con la potestad de limitar los efectos de sus pronunciamientos a través de la figura de la cosa juzgada relativa, en aquellos eventos en los cuales medien razones que justifiquen que la sentencia proferida en un determinado proceso, sin desconocer que hace tránsito a cosa juzgada —y, en tal virtud, los asuntos allí resueltos quedan fijados de manera definitiva—, no impide que puedan volverse a plantear exámenes de constitucionalidad y/o de legalidad respectivos de los enunciados normativos analizados, pero con fundamento en problemas jurídicos distintos de los abordados por la Corporación respectiva en el fallo que previamente ha sido proferido.

Tales eventos en los cuales resulta aconsejable y además necesario, que el Tribunal que efectúa el control de constitucionalidad y/o de legalidad precise el alcance relativo de la cosa juzgada que acompaña al respectivo pronunciamiento, tienen lugar, por vía de ejemplo, cuando éste se circunscribe a examinar el procedimiento de formación del acto enjuiciado o cuando se declara la norma ajustada conforme a Derecho pero tan sólo en relación con determinados cargos —lo cual deja abierta la posibilidad de que esa misma disposición pueda ser nuevamente cuestionada, aunque con base en fundamentos diferentes de los ya despachados— o cuando el juez advierte, ante una nueva demanda instaurada en

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996; Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

contra de la misma norma ya sometida a su estudio, que existen elementos relevantes que no fueron considerados en el primer fallo:

“Por lo general los fallos sobre cosa juzgada relativa, expresamente limitan su alcance, pues restringen la decisión al preciso ámbito de lo formal. Sobre el tema se pronunció la Corte Suprema de Justicia, así:

“Igualmente esta Corporación ha sostenido que pueden existir fallos definitivos más no absolutos, como sucede cuando la Corte declara exequibles las normas acusadas limitando su pronunciamiento a lo que atañe a vicios de formación o facultades extraordinarias, eventos en los cuales se admiten demandas contra las mismas normas pero por aspectos materiales diferentes de los enunciados”¹⁶

La segunda situación se presenta cuando se ha declarado exequible o inexequible una norma con fundamento en determinados cargos y es acusada posteriormente con base en cargos distintos, o por infracción de normas diferentes del mismo texto constitucional.

En estos casos el efecto de la cosa juzgada absoluta se extiende a las consideraciones específicas de cada fallo. Son éstas, pues, los elementos fundamentales para determinar en cada caso el alcance del estudio realizado por el fallador, frente a los artículos constitucionales que estime pertinentes para la dilucidación del acuerdo o contradicción de la norma estudiada con los preceptos de la Carta. A contrario sensu, la cosa juzgada no cobija aquellos aspectos eventualmente relevantes en el juicio de constitucionalidad que no fueron objeto de estudio, ni mencionados en ninguna parte por el fallador.

(...)

... o cuando el juez advierta que existen elementos relevantes que no fueron considerados en el primer fallo, y que pueden llevar a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma demandada”¹⁷.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional igualmente ha señalado que el efecto de cosa juzgada relativa puede derivarse del sólo contenido de la parte motiva del fallo —en la medida en que ella se ocupe de examinar la juridicidad de la disposición enjuiciada sólo desde la perspectiva de algunos de los diversos problemas jurídicos respecto de los cuales eventualmente cabría plantear cuestionamientos—, aún cuando en la parte resolutive del mismo no se haga expresa la precisión respecto de los alcances de la cosa juzgada:

“Ahora bien, las sentencias de la Corte en ejercicio del control constitucional de las leyes no generan siempre una cosa juzgada

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 115. M. P. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein. En: Extractos de Jurisprudencia, Cuarto Trimestre de 1988, No 4.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-004 de 1993; Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

absoluta pues ésta puede ser relativa, siempre y cuando esta Corporación limite expresamente los efectos de su decisión. Así lo entendió la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, según el cual “la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución.” La sentencia C-037 de 1996 declaró exequible esa disposición “pero bajo el entendido de que mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta.” Por ende, cuando la Corte expresamente restringe, en la parte motiva, el alcance de la cosa juzgada, debe entenderse que ésta no es absoluta sino relativa, por más de que la parte resolutive no limite la cosa juzgada. En tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutive y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido de que sólo se han analizado determinados cargos, lo cual significa que la norma revisada puede ser acusada en el futuro por nuevas razones.

(...)

Por ende, como la cosa juzgada es relativa y no cubre los cargos formulados por el demandante en esta ocasión, es necesario que la Corte entre a pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de la expresión acusada”¹⁸ (subrayas fuera del texto original).

(vii) Como corolario de lo anterior, la última de las características del control judicial inmediato de legalidad en comento la constituye *su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos*, de conformidad con lo establecido en los artículos 84, 128-1 y 132-1 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, preceptos que consagran la acción de nulidad que puede instaurarse contra los actos administrativos¹⁹, al tiempo que atribuyen la competencia pertinente para el conocimiento de los correspondientes procesos, respectivamente; en cuanto se refiere a la acción pública de nulidad, cabe señalar que la misma puede ejercerse, entonces, en contra de los actos administrativos que se adopten en desarrollo de aquellos

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Como ejemplo de un pronunciamiento en el cual la Corte Constitucional declara expresamente que su sentencia hace tránsito a cosa juzgada relativa, puede verse la sentencia C- de 1995; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ Incluso, igualmente cabría pensar, así fuese en términos hipotéticos —dado que no resulta sencillo contemplar eventos en los cuales resultare viable que pudieren proferirse actos o decretos de aquellos “cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezcan a función propiamente administrativa” al amparo de un estado de excepción— que el control automático o inmediato de legalidad en estudio pudiese resultar compatible con la posibilidad de ejercer la acción de nulidad por inconstitucionalidad en los eventos en los cuales tanto el derecho positivo —artículos 237-2 constitucional y 97-7 C.C.A.— como la jurisprudencia de esta Corporación han reconocido la procedencia de este último cauce procesal.

decretos legislativos que, a su turno, se dicten al amparo de un estado de excepción, por lo menos atendidas las siguientes razones:

- En primer término, dado que, según se explicó, el Juez de lo Contencioso Administrativo tiene atribuida la potestad de señalar cuáles son los efectos de sus sentencias y, consecuentemente, cuando hubiere lugar a ello, de establecer que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada relativa;

- En segundo lugar, comoquiera que, desde una perspectiva estrictamente exegética, las disposiciones legales mencionadas que contienen los artículos 84, 128-1 y 132-1 C.C.A., no efectúan distinción alguna acerca del tipo de actos administrativos en contra de los cuales procede instaurar la acción pública de nulidad, carecería de fundamento normativo que el intérprete introdujese una diferenciación de tal naturaleza, para excluir a los actos administrativos que se dicten en desarrollo de los decretos legislativos que, a su vez, se expiden dentro de un estado de excepción.

- Tampoco se incluye previsión alguna en el anotado sentido, en el artículo 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, en el cual simplemente se señala que las medidas adoptadas en ejercicio de la función administrativa durante los estados de excepción, esto es, los actos administrativos correspondientes, serán sometidos a control inmediato de legalidad, sin que se excluya la posibilidad de que dichos actos puedan también ser enjuiciados a través del contencioso ordinario de anulación, el cual, por consiguiente, no resulta incompatible con el mecanismo de fiscalización excepcional previsto en el referido precepto legal.

- No puede perderse de vista que el aludido contencioso popular de anulación constituye materialización tanto de claros y expuestos postulados constitucionales, como incluso de derechos fundamentales de los cuales son titulares todos los ciudadanos, pues el mecanismo procesal en cuestión constituye uno de los principales vehículos a través de los cuales se concretan los imperativos contenidos en los artículos 89 y 229 constitucionales, preceptos que defieren al legislador el señalamiento de los cauces procesales necesarios para que los ciudadanos puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, por la protección de sus derechos y consagran, en consonancia con lo anterior, el

derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, respectivamente²⁰.

Pues bien, tratándose de enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales, así como de los mecanismos y recursos para su protección, sólo el Legislador Estatutario se encuentra habilitado, por el propio Constituyente —letra a) del artículo 152 superior— para introducir limitaciones con carácter general a los mismos, de suerte que únicamente una previsión expresa en el sentido de restringir la procedibilidad de la acción pública de nulidad en contra de determinados actos administrativos —los proferidos dentro de los estados de excepción—, contenida en una norma legal, podría determinar la incompatibilidad entre el control automático o inmediato de legalidad de dichos actos, establecido en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 por un lado y, por el otro, la acción pública de nulidad.

Toda vez que dicha expresa restricción o incompatibilidad brilla por su ausencia en el derecho positivo colombiano, mal podría la jurisprudencia arrogarse el papel del Legislador e introducir una limitación general y abstracta a los derechos fundamentales de los ciudadanos, en abierto desconocimiento de la *“primacía de los derechos inalienables de la persona”* y del mandato de *“garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*, como uno de los fines esenciales del Estado —artículos 2 y 5 constitucionales—.

- La consagración de diversos mecanismos de control judicial de constitucionalidad y/o de legalidad en relación con los actos administrativos, especialmente cuando los mismos son proferidos durante la vigencia de un estado de excepción, encuentra plena justificación en el principio del Estado de Derecho, el cual constituye punto de partida y, a la vez, condicionante, formal y sustancial, de la totalidad de la actividad y de las funciones del Estado cuyo desarrollo, en consecuencia, debe cumplirse atendiendo a los elementos cardinales de la noción

²⁰ El siguiente es el tenor literal de los mencionados preceptos constitucionales:

“Artículo 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

“Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

de Estado de Derecho, vale decir, a los principios de legalidad, de prevalencia del interés general, de responsabilidad de las autoridades públicas, de supremacía y respeto de los derechos fundamentales, de división de poderes y de control —de diversa índole pero, fundamentalmente, jurisdiccional— de la actividad de los poderes públicos.

Esta última posibilidad de control judicial respecto de toda decisión de autoridad pública deriva de la institucionalización del poder en cuanto modelo de organización que por definición excluye el absolutismo y la tiranía, por manera que no hace cosa distinta que darle eficacia práctica al sistema de “frenos y contrapesos” ideado por Montesquieu con el propósito de que el poder contuviese al poder²¹.

Por lo demás, el sometimiento al control jurisdiccional de casi todas decisiones de las autoridades públicas supone la principal garantía de consagración de “*las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico*” —a tenor de lo normado por el referido artículo 89 constitucional— y se constituye en elemento imprescindible para garantizar, de manera real y efectiva, la protección constitucional de los derechos y libertades fundamentales de las personas, exigencia de la cual deriva, necesariamente, la existencia de instrumentos procesales eficientes para asegurar el respeto, el mantenimiento y/o el restablecimiento de los derechos y libertades propios del ser humano, cuando hubieren sido conculcados o desconocidos por cualquier órgano o instancia de los poderes públicos y a través de decisiones de alcance general o particular.

²¹ En la misma dirección anotada, sostiene Zippelius lo siguiente: “*Las instituciones del moderno Estado constitucional y de derecho fueron formándose en gran parte como reacción frente al absolutismo. El advenimiento de un poder estatal soberano, la consolidación del poder político del Estado, contribuyeron a asegurar la paz jurídica, pero a la vez trajeron consigo el peligro del absolutismo y de una expansión (...) del poder estatal (...) De estos conflictos, y más tarde como consecuencia del movimiento independentista norteamericano y la Revolución francesa, fueron surgiendo instituciones para la protección de estos derechos y libertades.* (...)”

Igualmente había que controlar los actos del Estado e impedir la arbitrariedad mediante reglas de procedimiento (en la legislación, la administración y la jurisdicción); de igual manera había que crear procedimientos de control, judiciales y de otro tipo, que velaran por el respeto de las reglas de juego en el sistema de regulación”. Para el referido autor, “[E]stos controles directos se proyectan no sólo contra las disposiciones en estricto sentido legales, sino también contra aquellas provenientes de la administración e incluso del mismo ejercicio de la función jurisdiccional”. Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pp. 309-310.

Así pues, la garantía de la dignidad humana y de la autonomía moral del individuo, justifican que en el Estado de Derecho se articulen distintos mecanismos orientados a controlar, de manera eficaz, las decisiones de las autoridades públicas, pues el Estado, en este modelo, crea un ordenamiento jurídico que vincula a los asociados e igualmente sujeta a todas sus instituciones y limita la actuación de las mismas, de suerte que *“[E]sta idea de institucionalización del poder, y consecuentemente del control a su ejercicio, ha sido uno de los grandes objetivos de las democracias liberales que encuentran en el reconocimiento de los derechos fundamentales la finalidad de su existencia. Estos principios, inspirados en las más profundas concepciones del Estado de derecho, pretenden impedir la expansión totalitaria, intentando realizar de modo simultáneo el orden y la libertad”*²².

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, resulta menester concluir que cuantos más y mejores mecanismos de control de las decisiones de las autoridades públicas puedan ser articulados en el ordenamiento jurídico, mejor podrá propenderse por la salvaguarda de los derechos y libertades de las personas y por la pervivencia del Estado de Derecho mismo; en ese orden de ideas, la compatibilidad o complementariedad entre el control automático o inmediato de legalidad aquí estudiado y el contencioso ordinario de anulación de los actos administrativos, redundará en beneficio de la eficacia del principio que impone el sometimiento de la actividad de los distintos órganos de la Administración al derecho y al correspondiente control judicial.

De hecho, el mecanismo de control inmediato de juridicidad respecto de los actos administrativos proferidos durante los estados de excepción busca aproximar el ejercicio de las potestades administrativas al ideal de impedir que se consumen los efectos de decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, en especial cuando tales determinaciones tienen una particular potencialidad de afectar los derechos y libertades de las personas, riesgo que sin duda se hace patente durante la vigencia de un estado de excepción; empero, el anotado cauce preventivo de protección de la legalidad objetiva y de los derechos y libertades de los individuos, en manera alguna colisiona y, al contrario, se complementa de eficaz manera con los cauces y herramientas procesales ordinarios que el ordenamiento prevé con los mismos propósitos, sin que exista razón alguna para

²² Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, tercera edición, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 365-391, especialmente 375-378.

sostener que no puedan o deban operar respecto de las decisiones en las cuales se plasma el despliegue de la función administrativa durante un estado excepcional²³, como con acierto lo ha señalado la Sala, en providencia que hoy se reitera:

“Del panorama general del control de las medidas tomadas bajo los estados de excepción, de la ley que lo consagra y de la doctrina de la Corte, se deduce que se trata de un control integral, autónomo, inmediato y oficioso.

(...)

Sin embargo, nada impide que, con posterioridad, cualquier persona, en ejercicio de las acciones contenciosas, pueda impugnar

²³ En similar dirección a la aquí expresada en relación con este extremo, se ha sostenido lo siguiente:

“Por no compartir la decisión de la mayoría, con el respeto debido, a continuación expongo las principales razones que me han llevado a disentir de la misma:

1. *Sea lo primero recordar que tanto la Constitución (art. 237) como la Ley (arts. 84 y ss., 128 y ss. C.C.A.) han establecido un sistema de control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, señalando al Consejo de Estado, en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, como el Juez competente para efectuarlo, a través de los procedimientos establecidos en la Ley. Este control que voy a denominar ordinario, cubre todas las actuaciones administrativas del ejecutivo. Una de las principales está representada por el denominado poder reglamentario, tan fundamental en sus alcances que lo mejor de la doctrina constitucional y administrativa, es consciente de que en el podría resumirse toda la actuación del ejecutivo nacional; bastaría con darle al Presidente de la República como facultad única la señalada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución y con ello sobraría prácticamente el resto de la enumeración señalada en dicho texto.*

2. *Ahora bien, a más del anterior control de legalidad, existe otro que denominaré extraordinario, por lo excepcional y transitorio, que es llamado control automático de legalidad al que se refiere el artículo 215 de la Constitución, desarrollado, si es dable darle esa calificación, en forma por demás breve e incompleta por la Ley 137 de 1994, que a través del artículo 20, pretende reglamentarlo, texto que concede plazos angustiosos y sin siquiera señalar procedimientos. Partiendo del supuesto de que, declarado el Estado de Emergencia Económica, en desarrollo del mismo se han de expedir decretos legislativos cuyo control automático de constitucionalidad fue asignado a la Corte Constitucional y, a su vez, en desarrollo de los cuales, el Presidente de la República y demás funcionarios de la Rama Ejecutiva tienen la posibilidad de expedir actos administrativos cuyo control automático DE LEGALIDAD fue adscrito al Consejo de Estado.*

3. *Va de suyo que el control automático de legalidad a que antes se ha hecho mención, no tiene ni podría tener la virtud de sustituir al que he denominado control ordinario de los actos de la administración sino que, por el contrario, en el mejor de los casos puede coexistir pacíficamente con él. Entre otras razones, porque como se tiene establecido, las normas expedidas en desarrollo de los estados de emergencia la posibilidad de derogar las disposiciones existentes, sino únicamente suspender las que resulten incompatibles o inconvenientes para el control de la emergencia o para atenuar sus efectos. El control automático ha de circunscribirse a revisar aquellas normas expedidas en exclusivo desarrollo de los decretos legislativos expedidos para auscultar si tales normas se adecuan a lo establecido en las normas de emergencia.*

4. *Como fácilmente se deduce de lo antes planteado, la existencia del control ordinario de legalidad prevalece sobre el incipiente control automático y, por lo tanto, no se puede, so pretexto de adelantarlo, suprimir el primero, que tiene la característica de ser pleno y de ser tramitado a través de un procedimiento ampliamente regulado”. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 24 de agosto de 1999; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: CA-016; Salvamento de voto presentado por el H. Consejero de Estado Daniel Manrique Guzmán; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández; Sentencia del 21 de junio de 1999; Radicación CA-043; salvamento de voto del H. Consejero Daniel Manrique Guzmán.*

dichas medidas sobre aspectos que no fueron objeto de pronunciamiento en virtud del control inmediato.

De este modo se armonizan el ejercicio del control inmediato de “las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción”, previsto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, con el derecho que le asiste a las personas para impugnarlas —cuando tales medidas son impugnables—, generalmente en interés del orden jurídico dado el carácter general de las medidas objeto de control”²⁴ (subrayas fuera del texto original).

3.3. La competencia de la Sala para practicar el control inmediato de legalidad, en los términos antes explicados, del Decreto Nacional 1761 de 2009.

El Decreto 1761 de 2009, aquí enjuiciado, es una norma que dictó el Presidente de la República durante la vigencia del estado de emergencia social previsto en el artículo 215 de la Constitución Política, canon supremo que en punto de los decretos legislativos determina, en su parágrafo, que “[E]l Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de febrero de 2000; Expediente: CA-033. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. En criterio del ponente de la presente providencia, lo expuesto destaca aún más —si cabe— la trascendencia de que el presente proceso se constituya en un espacio de amplia participación ciudadana y de todas las entidades que tengan a su cargo la gestión de los intereses generales y la protección de la legalidad en los ámbitos en los cuales hacen sentir sus efectos las decisiones administrativas controladas —el Ministerio Público y las entidades involucradas en la adopción de las correspondientes determinaciones—, tal y como lo ha procurado la Sala a través de las distintas actuaciones surtidas dentro del *sub lite* antes de proferir decisión de fondo, con lo cual, por otra parte, se reafirma aquello que la propia Sala había afirmado con anterioridad en punto de la flexibilidad del procedimiento a agotar con el fin de llevar a cabo el tantas veces mencionado control automático de legalidad, característica procesal ésta que, por lo mismo, autoriza al juez para recabar todos aquellos elementos de juicio, pruebas, opiniones o criterios que puedan resultar relevantes al momento de proferir sentencia, tal como lo destaca el fallo dictado por la Sala Plena Contenciosa en junio 21 de 1999, radicación CA-026, con ponencia del doctor Juan Alberto Polo Figueroa:

“2.2. En lo atinente al procedimiento a seguir, la Sala dejó señalado en sentencia CA-001 de 17 de septiembre de 1.996, consejero ponente doctor MARIO ALARIO MENDEZ, el siguiente lineamiento, cuyos términos han sido acogidos en providencias posteriores sobre el mismo asunto, y que es del caso mantener, a saber:

“Finalmente, se advierte, la ley no estableció actuación alguna que debiera cumplirse para el ejercicio de control de legalidad, sino que determinó que éste fuera inmediato, esto es, en seguida, sin la mediación de trámites, que ninguno fue dispuesto, lo cual no obsta para que el Consejo de Estado, si así lo estimara, decrete y practique las pruebas que considere necesarias” (énfasis añadido).

decida sobre su constitucionalidad...”, mandato que el legislador estatutario adaptó a través del citado artículo 20 de la Ley 137 de 1994 para someter a examen inmediato de legalidad los actos administrativos de carácter general entre los cuales se incluyen aquellos decretos, distintos de los legislativos, que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo o con ocasión de los referidos estados de excepción que prevé y regula la Carta Política, por manera que todas aquellas decisiones de carácter general que constituyan concreción del ejercicio de la función administrativa dentro del ámbito de los regímenes excepcionales y a la vez sean productoras de efectos jurídicos, deben ser controladas, de manera inmediata, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siguiendo el criterio de atribución de competencias que el mismo precepto en cita prevé, vale decir, que el respectivo proceso debe ser adelantado *“por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales”*, como recientemente lo precisó esta Sala:

“De esta manera, resulta que al amparo de los estados de excepción -incluido el de la emergencia económica o social-, el Gobierno Nacional expide dos clases de normas: i) El decreto que declara el estado de excepción –que es un solo decreto-, y ii) todos aquellos decretos que lo desarrollan, adoptando las medidas que implementan las soluciones legales para conjurar las crisis -y que suelen ser varios-. Estos últimos son los llamados a suspender las leyes que les sean incompatibles –tal como lo disponen los arts. 212 y 213 CP.-, o a derogarlos, como ocurre con la emergencia económica.

Otros decretos son los reglamentos de los anteriores, es decir, los que desarrollan los decretos con fuerza de ley dictados para conjurar la crisis.

La Sala Plena considera que no se requiere hacer mayores disquisiciones para comprender que por este factor esta Corporación también tiene competencia, como quiera que la autoridad que adoptó la medida es el Gobierno Nacional, y atendiendo a la norma citada el control lo realiza el Consejo de Estado”²⁵.

Por otra parte, sin lugar a dudas, el ejercicio de la potestad reglamentaria que al Presidente de la República confiere el artículo 189-11 constitucional, supone el ejercicio de la función administrativa, por consiguiente, toda vez que el Decreto 1761 de 2009 fue proferido en desarrollo de los correspondientes decretos legislativos dictados al amparo del estado de emergencia económica y en

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de junio de 2009; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Ref.: 11001-03-15-000-2009-00305-00.

desenvolvimiento de la atribución presidencial de expedir los decretos “necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”, resulta claro que constituye un acto administrativo proferido por el Gobierno Nacional, de suerte que deviene controlable a través del mecanismo consignado en el tantas veces aludido artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y concretamente le corresponde al Consejo de Estado, dada la naturaleza de la entidad autora del acto; así lo ha entendido la Sala en ocasiones precedentes, al señalar:

“Como lo definió esta Sala en la sentencia proferida el 9 de febrero del presente año (radicado No. CA-008), dicho control de legalidad cobija los decretos que el Presidente de la República profiere para desarrollar los estados de excepción con fundamento en su potestad reglamentaria (art. 189 num. 11 de la Constitución Política), ya que carecería de toda lógica que se revisaran actos de inferior jerarquía v.gr. las circulares que se revisan en este caso y no se hiciera lo propio con un decreto reglamentario. Sostener la tesis contraria significaría admitir ni más ni menos, que el Presidente de la República podría eludir fácilmente el control anterior establecido con carácter imperativo en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción a través del fácil expediente de invocar su potestad reglamentaria”²⁶.

De otro lado, el control inmediato o automático de legalidad que corresponde adelantar en el presente caso, constituye un asunto de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 97 C.C.A., comoquiera que se trata de un asunto cuyo conocimiento compete al Consejo de Estado, sin que el mismo se encuentre asignado a alguna de las Secciones que lo integran.

3.4. El bloque normativo en relación con el cual debe contrastarse el Decreto Nacional 1761 de 2009, con el fin de establecer si se ajusta, o no, a derecho.

Establecido como se encuentra que el Decreto enjuiciado se profirió en desarrollo de decretos legislativos que, a su vez, fueron dictados al amparo del estado de emergencia económica y que ello se hizo también en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el artículo 189-11 constitucional, bien pueden ser traídos a colación los siguientes planteamientos efectuados por esta Corporación con miras a identificar el bloque normativo con el cual debe ser contrastado el referido Decreto 1761 de 2009, a efectos de

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: CA- 011.

establecer si resulta ajustado a las normas jurídicas a las cuales debe acatamiento:

“Y es que tratándose de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le atribuye el artículo 189-11 C.P. —por cuanto tales actos jurídicos resultan “necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”— (...) no existe reserva regulatoria alguna establecida por la Constitución en favor del reglamento y en relación con las materias que los mismos desarrollan, opera la denominada “cláusula general de competencia normativa” del Congreso, por virtud de la cual se ha entendido que a éste le asiste la facultad de regular cualquier asunto cuya normación no haya sido atribuida expresamente, por la Constitución Política, a un órgano diferente, de suerte que respecto de las modalidades reglamentarias en cuestión no opera distribución alguna de competencias normativas entre dos órganos constitucionales sino que la relación entre la ley y el reglamento se rige por el criterio jerárquico y, consecuentemente, por el principio de necesidad de la reglamentación, en virtud del cual los límites de la potestad reglamentaria vienen directa o indirectamente definidos por la misma ley —y no por la Constitución—, atendiendo a la comúnmente utilizada fórmula que preconiza que la extensión de la potestad reglamentaria resulta inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, que si ésta desciende hasta la regulación de los más precisos detalles necesarios para su aplicación, deja sin espacio de regulación al reglamento y viceversa, esto es que en la medida en que las provisiones legales sean más generales y abstractas, mayor campo de acción, indirectamente, le está atribuyendo el Legislador al reglamento.

En la anotada dirección, tradicionalmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

“Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, de consiguiente, no habrá oportunidad al 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.

(...)

Si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de la materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales (...) Todo aquello que el cuerpo legislativo dejó sin una regulación concreta y que sea necesario organizar para la ejecución de la ley, será materia de reglamentación administrativa, siempre que no desborde los límites del ordenamiento que se pretende desarrollar.

(...)

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 tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el ejecutivo, cuanto determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras”²⁷.

En consecuencia, el parámetro de control de la juridicidad de estos tipos de reglamento, a ser tenido en cuenta por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, está constituido tanto por la Constitución Política, como por la ley e, incluso, en algunos casos, por el reglamento mismo expedido por órganos provistos de competencia normativa de mayor jerarquía que la de aquél que profirió el reglamento enjuiciado”²⁸ (énfasis añadido).

Así las cosas, el Decreto 1761 de 2009 se encuentra jerárquicamente subordinado y, por tanto, debe acatamiento, tanto a las disposiciones constitucionales como a toda norma con rango de ley vigente al momento de su expedición y el principio que determina la amplitud de la potestad reglamentaria ejercida para el proferimiento del acto administrativo enjuiciado es el aludido de la *necesidad de la reglamentación*.

Ahora bien, entre las normas con rango de ley cuya observancia por parte del Decreto examinado resulta imperativo analizar en este proceso, ocupan posición primordial la Ley Estatutaria 137 de 1994, de un lado y, de otro, los decretos legislativos proferidos al amparo del estado de emergencia económica declarado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4333 de 2008, en especial aquél —o aquéllos— cuya reglamentación se propuso efectuar el propio acto administrativo materia del presente pronunciamiento.

En cuanto tiene que ver con la Ley Estatutaria mediante la cual se regulan los estados de excepción en Colombia —Ley 137 de 1994—, de especial trascendencia a los efectos de enjuiciar la juridicidad de los actos administrativos expedidos al amparo de las normas que desarrollan el estado de excepción del cual se trate, resultan los artículos 7 a 15 *ejusdem*, los cuales establecen

²⁷ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de octubre de 1962, Consejero Ponente: Carlos Gustavo Arrieta; Expedientes 937 y 1541, *Anales*, t. LXV, 1962, números 399 y 400, pp. 34 y ss.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de agosto de 2008; Radicación: 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).

parámetros y límites que deben ser observados por las autoridades que adopten las correspondientes decisiones:

“Artículo 7°. *Vigencia del Estado de Derecho.* En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración.

Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades.

Artículo 8°. *Justificación expresa de la limitación del derecho.* Los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias.

Artículo 9°. *Uso de las facultades.* Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley.

Artículo 10. *Finalidad.* Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.

Artículo 11. *Necesidad.* Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente.

Artículo 12. *Motivación de incompatibilidad.* Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

Artículo 13. *Proporcionalidad.* Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad.

Artículo 14. *No discriminación.* Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Lo anterior no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil.

La Procuraduría General de la Nación, en desarrollo de su función constitucional, velará por el respeto al principio de no discriminación consagrado en este artículo, en relación con las medidas concretas adoptadas durante los Estados de Excepción. Para ello tomara medidas, desde la correctiva, hasta la destitución, según la gravedad de la falta y mediante procedimiento especial, sin perjuicio del derecho de defensa.

Artículo 15. *Prohibiciones. Además de las prohibiciones señaladas en esta ley, en los Estados de Excepción de acuerdo con la Constitución, no se podrá:*

- a) Suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales;*
- b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado;*
- c) Suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y Juzgamiento”.*

Y en cuanto tiene que ver con los decretos legislativos a los cuales el Decreto examinado en el *sub judice* debe especial acatamiento, se hace indispensable referir que con motivo de la difícil situación de orden público generada en el país debido a la generalización de las actividades de captación irregular de dineros del público por parte de las popularmente denominadas “pirámides”, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 215 de la Constitución Política²⁹, expidió el decreto legislativo No. 4333 de

²⁹ “Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

2008, por medio del cual decretó el Estado de Emergencia Social en el territorio nacional, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el Estado de Emergencia;

Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado. Conforme a las normas legales las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público son las instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Es así como desde 1982 se consideran penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera;

Que a pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades;

Que con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio;

Que tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado;

Que con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera;

Que la inclinación de muchos ciudadanos por obtener beneficios desorbitantes, los ha llevado a depositar sus recursos en estas empresas cuyas operaciones se hacen sin autorización, desconociendo las reiteradas advertencias del Gobierno Nacional;

Que frente a la presencia de dichos captadores o recaudadores de dineros del público en distintas regiones del Territorio Nacional, mediante operaciones no autorizadas se han adoptado acciones y medidas por parte de distintas autoridades judiciales y administrativas;

Que no obstante lo anterior, se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes;

Que estas actividades no autorizadas han dejado a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social;

Que con ocasión de lo expuesto en los considerandos anteriores, también puede perturbarse el orden público;

Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar esta situación en forma inmediata;

Que se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto;

Que se hace necesario profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero;

Que se hace necesario dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad”.

La constitucionalidad del mencionado Decreto fue controlada de manera automática por la Corte Constitucional, Corporación que lo declaró exequible a través de la sentencia C-135 de 2009³⁰.

³⁰ Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia antes traída a colación, el Gobierno Nacional profirió, entre otros, el decreto legislativo 4334 de 2008, suscrito por el Presidente de la República y por todos los Ministros, norma cuyo contenido es el siguiente:

*“DECRETO NUMERO 4334 DE 2008
(noviembre 17)*

Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo a lo dispuesto en el Decreto número 4333 del 17 de noviembre de 2008,

CONSIDERANDO:

Que se han presentado conductas y actividades sobrevinientes por parte de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C. P., en tanto que por la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público, tal como fue expresado en el decreto de Declaratoria de Emergencia, razón por la cual, el Gobierno Nacional debe adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas y en las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante,

DECRETA:

Artículo 1°. Intervención estatal. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

Artículo 2°. Objeto. La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer

la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.

Artículo 3°. Naturaleza. El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el Código Contencioso Administrativo. Las decisiones de toma de posesión para devolver que se adopten en desarrollo del procedimiento de intervención tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional.

Artículo 4°. Competencia. La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa, para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto.

Artículo 5°. Sujetos. Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos.

Artículo 6°. Supuestos. La intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.

Artículo 7°. Medidas de intervención. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:

a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas;

b) La revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión;

c) La devolución de bienes de terceros, no vinculados a la actividad no autorizada,

d) En caso de que a juicio de la Superintendencia se presente una actividad con la cual se incurra en alguno de los supuestos descritos en el presente decreto, por parte de una persona natural o jurídica y ésta manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros, esta Entidad podrá autorizar el correspondiente plan de desmonte. En el evento que dicho plan se incumpla se dispondrá la adopción de cualquiera de las medidas previstas en este decreto, sin perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar;

e) La suspensión inmediata de las actividades en cuestión, bajo apremio de multas sucesivas, hasta de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta medida se publicará en un diario de amplia

circulación nacional indicando que se trata de una actividad no autorizada;

f) La disolución y liquidación judicial de la persona jurídica o de cualquier contrato u otra forma de asociación que no genere personificación jurídica, ante la Superintendencia de Sociedades, independientemente a que esté incurso en una situación de cesación de pagos.

g) La liquidación judicial de la actividad no autorizada de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante;

h) Cualquier otra que se estime conveniente para los fines de la intervención.

Parágrafo 1°. La providencia que ordena las medidas anteriores surte efectos desde su expedición y se ordenará su inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio principal del sujeto de intervención, de sus sucursales y agencias, y contra la misma no procederá recurso alguno.

Parágrafo 2°. Se entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos.

Parágrafo 3°. Para la ejecución de las medidas de que trata este artículo, la Superintendencia de Sociedades o la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando a ésta le corresponda, cuando las circunstancias lo ameriten, podrá ordenar a los comandantes de policía de los lugares en donde se realicen las actividades no autorizadas, aplicar las medidas de policía necesarias para cerrar los establecimientos o lugares donde se realicen las actividades no autorizadas, la colocación de sellos, los cambios de guarda, y demás medidas precautelativas para proteger los derechos de terceros y para preservar la confianza del público en general.

Parágrafo 4°. La Superintendencia de Sociedades o el agente interventor podrán celebrar los convenios que consideren necesarios para el ejercicio de las funciones señaladas en este decreto.

Artículo 8°. Providencia que ordena la toma de posesión. Si los alcaldes informan a la Superintendencia de Sociedades sobre la necesidad de adopción de medidas establecidas en el artículo 7° de este decreto, esta entidad consultará la base de datos de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, si se encuentra autorizada la persona jurídica objeto de intervención.

Si procede la intervención, la Superintendencia de Sociedades expedirá la providencia de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica y designará en la misma providencia el agente interventor.

En la providencia ordenará consignar el efectivo aprehendido o incautado en cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario, a nombre de la Superintendencia de Sociedades.

Artículo 9°. Efectos de la toma de posesión para devolución. La toma de posesión para devolución conlleva:

1. El nombramiento de un agente interventor, quien tendrá a su cargo la representación legal, si se trata de una persona jurídica, o la administración de los bienes de la persona natural intervenida y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén

asignados a otra autoridad.

2. La remoción de los administradores y revisor fiscal, salvo que en razón de las circunstancias que dieron lugar a la intervención, la Superintendencia decida no removerlos.

3. Las medidas cautelares sobre los bienes del sujeto intervenido y la orden de inscripción de la medida en la Cámara de Comercio del domicilio principal y de sus sucursales, si las hubiere, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.

4. La inmediata guarda de los bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, para lo cual tendrá las facultades necesarias para impartir las órdenes pertinentes a la fuerza pública, incluso previas a la diligencia de toma de posesión.

5. La congelación de cualquier activo y a cualquier título en instituciones financieras de la persona intervenida, los cuales quedarán a disposición inmediata del agente interventor, quien podrá disponer de los mismos para los fines de la intervención.

6. La fijación de un aviso por el término de tres (3) días que informe acerca de la medida, el nombre del agente interventor y el lugar donde los reclamantes deberán presentar sus solicitudes, así como el plazo para ello. Copia del aviso será fijada en la página web de la Superintendencia de Sociedades.

7. La exigibilidad inmediata de todos los créditos a favor de la persona intervenida.

8. El levantamiento de las medidas cautelares de que sean objeto los bienes de la persona intervenida, para lo cual la autoridad de que trata el artículo 2° de este decreto, librará los oficios correspondientes. Una vez recibidos los mismos, inmediatamente deberá inscribirse dicho levantamiento por parte de las personas o autoridades encargadas de los registros correspondientes.

9. La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la persona o entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, para lo cual se enviará comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva. Igualmente advertirá sobre la obligación de dar aplicación a las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006.

10. La prohibición de iniciar o continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente interventor, so pena de ineficacia.

11. La obligación de quien tenga en su poder activos de propiedad de la persona intervenida, de proceder de manera inmediata a entregarlos al agente interventor.

12. La facultad al agente interventor para poner fin a cualquier clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios.

13. La obligación a los deudores de la intervenida de sólo pagar al agente interventor, siendo inoponible el pago hecho a persona distinta.

14. El depósito de las sumas aprehendidas que pertenezcan a la persona intervenida en el Banco Agrario de Colombia, a disposición del agente interventor.

15. Se presumirá que todos los recursos aprehendidos son de propiedad de la persona objeto de la intervención y producto de la actividad mencionada en los artículos 1° y 6° de este decreto.

Artículo 10. Devolución inmediata de dineros. Este procedimiento se aplicará por la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión. En este caso se aplicará el siguiente procedimiento:

a) Dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición de la providencia de toma de posesión, el Agente Interventor publicará un aviso en un diario de amplia circulación nacional, en el cual se informe sobre la medida de intervención, o por cualquier medio expedito. Así mismo, la Superintendencia de Sociedades fijará en su página web copia de la providencia;

b) En el mismo aviso, el Agente Interventor convocará a quienes se crean con derecho a reclamar las sumas de dinero entregadas a la persona natural o jurídica intervenida, para que presenten sus solicitudes en el sitio o sitios que señale para el efecto, dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación del aviso;

c) La solicitud deberá hacerse por escrito con presentación personal ante el interventor, acompañado del original del comprobante de entrega de dinero a la persona intervenida;

d) El Agente Interventor, dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término anterior, expedirá una providencia que contendrá las solicitudes de devolución aceptadas y las rechazadas, la cual será publicada en la misma forma de la providencia de apertura. Contra esta decisión procederá el recurso de reposición que deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición de esta providencia. Las devoluciones aceptadas tendrán como base hasta el capital entregado;

e) La interposición de los recursos no suspenderá el pago de las reclamaciones aceptadas, las cuales serán atendidas dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la providencia, por conducto de entidades financieras, previo endoso del título de depósito judicial de la Superintendencia de Sociedades a favor del Agente Interventor;

f) Los recursos de reposición serán resueltos dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo de presentación, luego de lo cual se atenderán las devoluciones aceptadas dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la decisión y el saldo, si lo hubiere, acrecerá a todos los beneficiarios de la devolución a prorrata de sus derechos;

Parágrafo 1°. Criterios para la devolución.- Para la devolución de las solicitudes aceptadas, el Agente Interventor deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

a) Se atenderán todas las devoluciones aceptadas dividiendo por el número de solicitantes, hasta concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado;

b) En caso de que sean puestos a disposición o aparezcan nuevos recursos, se aplicará el procedimiento anteriormente señalado para el pago de devoluciones aceptadas insolutas;

c) En el evento en el que se demuestre que se han efectuado devoluciones anteriores a la intervención a cualquier título, éstas sumas podrán ser descontadas de la suma aceptada por el agente interventor.

Parágrafo 2°. Los días señalados en el presente procedimiento se entenderán comunes.

Parágrafo 3°. Los honorarios del Agente Interventor y los gastos propios de la intervención, serán cancelados con cargo al patrimonio de la intervenida y, en su defecto, del fondo cuenta que para el efecto sea

constituido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades.

Artículo 11. El Agente Interventor. El Agente Interventor deberá tomar posesión ante el Superintendente de Sociedades y podrá ser una persona natural o jurídica e incluso ser un servidor público.

Artículo 12. Declaratoria de terminación de la toma de posesión para devolución.

Efectuados los pagos el Agente Interventor informará de ello a la Superintendencia de Sociedades y presentará una rendición de cuentas de su gestión.

Declarada la terminación de la toma de posesión para devolución por la Superintendencia de Sociedades, ésta tendrá la facultad oficiosa para que, cuando lo considere necesario aplique otras medidas de intervención.

Artículo 13. Actuaciones en curso en la Superintendencia Financiera de Colombia. Las actuaciones en curso que viene conociendo la Superintendencia Financiera se someterán a las siguientes reglas:

a) Las actuaciones administrativas respecto de las cuales ya se haya realizado visita de inspección se continuarán conociendo conforme a la regla del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Una vez notificado el acto administrativo que determina la actividad no autorizada, se remitirá la actuación a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia, sin perjuicio de que la Superintendencia Financiera resuelva los recursos que procedan;

La interposición del recurso de reposición no suspende la ejecución de la medida.

b) Los casos que están pendientes de investigación, o respecto de los cuales aún no se ha determinado si la actividad que se adelanta se encuentra autorizada, deberán ser evaluados a la luz de los supuestos contemplados en el artículo 6° de este decreto. Una vez adoptadas las medidas correspondientes se remitirá la actuación administrativa a la Superintendencia de Sociedades, para lo de su competencia;

Parágrafo. En los eventos a que se refiere este artículo, la Superintendencia Financiera podrá aplicar cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 7° del presente decreto, y las mismas se notificarán por aviso.

Artículo 14. Actuaciones remitidas a jueces civiles de circuito. Las actuaciones remitidas a los jueces civiles de circuito por la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde no se hubiere avocado conocimiento, trasladados con ocasión de lo previsto en el decreto 1228 de 1996, deberán ser enviadas a la Superintendencia de Sociedades para que asuma competencia en los términos de este decreto.

Artículo 15. Remisiones. En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial.

Artículo 16. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

*Publíquese y cúmplase.
Dado en Bogotá, D. C., a 17 de noviembre de 2008”.*

La constitucionalidad de esta norma fue igualmente controlada de forma automática por la Corte Constitucional, Corporación que al parecer también encontró exequible el mencionado cuerpo normativo —aunque algunos artículos de manera condicionada— y así lo determinó en la sentencia C-145 de 2009; empero, a la fecha de realización del presente pronunciamiento no se conoce el texto de la aludida sentencia de la Corte Constitucional, pues dicha Corporación, a este respecto, sólo ha expedido un comunicado en el cual manifiesta lo siguiente:

“COMUNICADO DE PRENSA No. 12 DE 2009.

*“La Corte Constitucional, en la sesión de la Sala Plena celebrada el día **12 de marzo de 2009**, adoptó las siguientes decisiones:*

“1. EXPEDIENTE RE-137. SENTENCIA C-145/09.

Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

“1.1. Norma revisada:

Decreto 4334 de 2008, “Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008”.

“1.2. Decisión.

“Primero. Declarar INEXEQUIBLE el literal h) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008.

“Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión “o indirectamente”, contenida en el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales.

“Tercero. Declarar EXEQUIBLE la expresión “a juicio de la Superintendencia de Sociedades”, contenida en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la determinación de intervenir debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso, según lo especificado en el numeral 5 de la parte motiva de esta providencia.

“Cuarto. Declarar EXEQUIBLES las expresiones “tales como” e “y otras operaciones semejantes”, contenidas en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en cuanto tengan relación directa y específica con actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

“Quinto. Declarar EXEQUIBLE la expresión “ordenar”, contenida

en el párrafo 3º del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que las actuaciones allí indicadas las realizarán las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, por conducto del correspondiente alcalde municipal o distrital.

“Sexto. Declarar EXEQUIBLES todas las demás disposiciones del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

“Séptimo. EXHORTAR al Congreso de la República a atender lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, en el ámbito de sus funciones.

“1.3. Razones de la decisión.

“La Corte señaló que los decretos legislativos de desarrollo deben estar destinados a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, cumpliendo los lineamientos señalados en el artículo 215 de la Constitución Política y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994). Además, han de guardar relación directa y específica con la declaración del estado de emergencia. Expuso que las medidas adoptadas deben encaminarse a solucionar el fenómeno de la captación masiva y habitual de recursos del público sin la debida autorización legal. De esta manera, procedió a verificar el cumplimiento de cada uno de los presupuestos para el examen de constitucionalidad, resaltando que la determinación de intervención debe estar sustentada y desarrollada con observancia de las garantías del debido proceso.

*“1.4. Salvó parcialmente el voto el magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA respecto a las medidas que puede tomar la Superintendencia de Sociedades porque la órbita de competencias se sigue ampliando en forma desmesurada –artículos 7º y ss. del Decreto-, en desmedro del juez natural violando el artículo 116 de la Constitución. También, **aclará el voto** en cuanto a la permanencia en el Decreto de expresiones imprecisas, vagas y subjetivas en las otras normas que se declaran ajustadas a la Constitución Política.”*

La Sala tomará en cuenta el citado comunicado como una referencia acerca del sentido de la decisión de la Corte Constitucional a la cual hace alusión, atendiendo, adicionalmente, a que esta Corporación ha venido sosteniendo que los documentos que constan en medios electrónicos o en páginas web oficiales de las entidades públicas, constituyen plena prueba de lo que en ellos se hace constar³¹; para el caso concreto, el comunicado en cita de la Corte Constitucional

³¹ En la anotada dirección se ha sostenido lo siguiente: *“Es decir, de acuerdo con la norma transcrita [artículo 95 de la Ley 270 de 1996] las autoridades judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones, y*

no deja duda alguna en punto del sentido de la decisión a la cual se refiere y así se considerará en esta providencia.

El así reflejado es el marco normativo con respecto del cual se llevará a cabo el cotejo del acto administrativo aquí examinado, a fin de establecer si éste se ajusta, o no, tanto por sus requisitos de forma como por sus elementos de fondo, al ordenamiento jurídico.

3.5. Examen de los requisitos de forma del Decreto analizado.

En cuanto tiene que ver con los requisitos formales de expedición del Decreto 1761 de 2009, aquí enjuiciado, la Sala observa que el mismo fue expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros cuyas carteras se ven concernidas por la decisión que el acto administrativo en cuestión adopta, esto es, por los Ministros de Hacienda y de Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo; en consecuencia, por este aspecto la norma se ajusta a las exigencias constitucionales en virtud de las cuales los actos del Presidente de la República deben ser suscritos por el ministro del ramo respectivo, quien integrará el Gobierno junto con el Jefe del Estado, para el asunto del cual se trate, en virtud de lo normado por el artículo 115 superior:

“Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y

los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

(...)

“En suma, en los eventos en que una norma determine que una información conste por escrito, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que sea posible la consulta posterior de la información contenida en el mismo (art. 6 de la Ley 527 de 1999); mensaje de datos que constituye medio de prueba en las actuaciones administrativas y judiciales en los términos del Código de Procedimiento Civil, en el entendido de que es equivalente funcionalmente a los otros documentos originalmente escritos en papel (art. 10 ejusdem)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 15 de agosto de 2007; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: AP-19001-23-31-000-2005-00993-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia del 23 de abril de 2008; Radicación: 50001233100019954671 01; Expediente: 16.408.

remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva” (énfasis añadido).

En el anterior orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la expedición de los reglamentos de las leyes corresponde al Gobierno, es decir, al Presidente de la República junto con el o los Ministros respectivos, según la materia de la cual se trate:

“42. Al expedir un decreto los miembros del Gobierno asumen de manera compartida las responsabilidades políticas y jurídicas correspondientes. En este orden de ideas, la ley no puede obligar al Gobierno a expedir un decreto cuyo contenido material no ha sido estudiado ni decidido por él, pues al Presidente, los ministros y jefes de departamento administrativo que en cada negocio particular constituyen Gobierno, no pueden responder por la expedición de un acto producto de la voluntad exclusiva de otro órgano”³².

La determinación respecto de cuáles ministros o Directores de departamento administrativo deben suscribir conjuntamente el Presidente de la República el acto del cual se trate no siempre resulta una cuestión fácil de definir, habida consideración de que los asuntos de los cuales se puede ocupar un acto administrativo general pueden ser muy variados y complejos, de modo que concretar quién conforma el Gobierno, en cada supuesto específico, demanda llevar a cabo una revisión tanto de las materias abordadas en la decisión examinada, como de las competencias asignadas a los distintos ministerios y departamentos administrativos en sus normas de creación, modificación o reestructuración, con fin de inferir de allí cuáles deben ser los Ministros que acompañen al Presidente de la República en la firma del respectivo decreto.

Sin embargo, en el asunto *sub judice* tal extremo no ofrece mayores dificultades, toda vez que el Decreto 1761 de 2009 fue suscrito por el Presidente

³² Corte Constitucional, sentencia C-577 de 1995; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

de la República y por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, teniendo en cuenta que el objeto del acto administrativo en cuestión es el establecimiento, en la Superintendencia de Sociedades, del fondo cuenta al cual se refiere el párrafo tercero del artículo 10 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, norma ésta que dispone la constitución de dicho fondo por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de conformidad con las instrucciones de la mencionada Superintendencia, para sufragar los costos derivados del pago de los honorarios del Agente Interventor y de los gastos propios de la intervención sobre los negocios, operaciones y patrimonios de las personas que desarrollan o participan en la actividad financiera, sin contar para ello con la pertinente autorización estatal.

Así las cosas, resulta evidente que el asunto sobre el cual versa el Decreto 1761 de 2009 encuadra en el ámbito competencial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, organismo al cual se encuentra adscrita la Superintendencia de Sociedades, entidad a la cual el Decreto Legislativo 4334 de 2008 atribuyó la facultad de declarar las intervenciones pertinentes y de conducirlas en todos sus aspectos, como con claridad lo anuncia el artículo 1 del cuerpo normativo en mención:

“Artículo 1°. Intervención estatal. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado” (énfasis añadido).

Lo propio puede sostenerse respecto de la participación del Ministro de Hacienda y Crédito Público en la expedición del Decreto 1761 de 2009 aquí examinado, pues se advierte con facilidad que la intervención sobre las entidades que irregularmente captaron recursos de la ciudadanía obedeció al ejercicio, por parte de éstas, de actividades financieras sin la correspondiente autorización estatal, actividades cuya vigilancia y control concierne desplegar al referido Ministerio —concretamente a través de una de las entidades que le está adscrita, la Superintendencia Financiera—, que adicionalmente es el encargado de transferir los recursos con los cuales habrá de constituirse el fondo cuenta creado por el

artículo 1 del Decreto 1761 de 2009 estudiado, por expreso mandato de la disposición en cita.

Claro, entonces, que el Decreto examinado sí fue suscrito por los funcionarios llamados a integrar el Gobierno en este asunto en concreto, resta por precisar cuáles son los alcances de la anotada exigencia constitucional, alcances que trascienden el plano de los requisitos puramente formales de nacimiento del acto y que comprenden tanto la responsabilidad de los servidores públicos intervinientes, como el procedimiento a seguir en el evento en el cual hayan de adoptarse determinaciones posteriores en relación con los asuntos regulados por la decisión analizada, como recientemente lo expuso esta Sala:

“De esta manera, un reglamento bien puede requerir la firma de uno o de varios ministros; y cuando son varios los que deben participar cada uno lo hará en la parte del decreto que le corresponde, según sus competencias.

Ahora, el propósito del acompañamiento no tiene un sentido simplemente formal. En realidad determina, de un lado, la responsabilidad política derivada del contenido, cuyos principales controladores son el Congreso de la República y la opinión pública; pero, sobre todo, sirve para definir, elaborar y perfeccionar el contenido del reglamento, pues cada ministerio y departamento administrativo participa activamente –ese es el sentido final de su intervención- en la elaboración de la norma, aportando la capacidad técnica, incluso la política y social que tienen, para concretar el contenido de la norma.

De ahí la importancia de concretar, adecuadamente, cuáles ministros y jefes de departamento administrativo conforman el Gobierno, en cada caso. No obstante, existe una dificultad práctica, insoluble en términos lógicos, pero que jurídicamente requiere una solución. Se trata de que un mismo decreto reglamentario, por tener diversas materias -unas del resorte de unos ministerios y otras de otros- requiere la firma de todos ellos, para conformar el gobierno y expedir la norma. Pero si se advierte con delicadeza, al suscribir varios ministros o jefes de departamento administrativo el mismo decreto, algunos de ellos, que no son responsables de una parte de la materia, intervendrían en su expedición, por la sencilla razón de que suscriben el decreto.

En este caso, la Sala considera, simplemente, que se debe entender que cada ministro o jefe de departamento administrativo interviene en la conformación del gobierno, en lo que a su ministerio se refiere, según su competencia, es decir, que no se extiende su participación a todo el decreto, sino a la parte que le corresponde. Esta consideración tiene un efecto práctico importante, que a primera vista no se advierte con facilidad.

Resulta que si posteriormente el Gobierno considerara la necesidad de modificar ese reglamento, en un aspecto concreto y

puntual del mismo, el nuevo decreto no tendría que firmarlo el Presidente con todos los ministros o jefes de departamento administrativo que suscribieron el primero; sino el Presidente con el Ministro o jefe de departamento administrativo que para esa materia conforma el Gobierno, de otro modo acontecería que en temas que no pertenecen a una de dichas dependencias el Gobierno quedaría conformando por quienes constitucional o legalmente no tienen asignadas ciertas materias”³³.

Finalmente, en relación con otros aspectos formales, también se observa que en el decreto examinado se indican y constan los datos mínimos necesarios para su identificación, esto es, el número, la fecha y la referencia expresa a las facultades que se ejercen, así como el objeto de la respectiva norma.

3.6. Examen del contenido de la decisión controlada.

El Decreto 1761 de 2009 solamente se encuentra compuesto de dos artículos, de los cuales el segundo se limita a señalar que el acto administrativo en comento *“rige a partir de la fecha de su publicación”*, es decir, señala su vigencia; por consiguiente, sólo el artículo primero *ejusdem* amerita un análisis de fondo por parte de la Sala.

Dicho precepto, a su turno, consta de dos incisos, el segundo de los cuales contiene una mera remisión normativa a las disposiciones incluidas *“en la Constitución Política, en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en la Ley Anual de Presupuesto y en las demás normas relacionadas con las competencias de la Superintendencia de Sociedades”*, razón por la cual se trata de un enunciado que no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna y, consecuentemente, no precisa de examen más detallado en cuanto a su juridicidad.

Por consiguiente, el análisis de fondo habrá de contraerse a lo normado en el inciso primero del artículo 1 del Decreto 1761 de 2009, el cual, como se sabe ya, dispone el establecimiento en la Superintendencia de Sociedades, del fondo cuenta al cual se refiere el párrafo tercero del artículo 10 del Decreto Legislativo 4334 de 2008, norma ésta que dispone la constitución de dicho fondo por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de conformidad con las instrucciones de la mencionada Superintendencia, para sufragar los costos

³³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de junio de 2009; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Ref.: 11001-03-15-000-2009-00305-00.

derivados del pago de los honorarios del Agente Interventor y de los gastos propios de la intervención sobre los negocios, operaciones y patrimonios de las personas que desarrollan o participan en la actividad financiera, sin contar para ello con la pertinente autorización estatal.

Para la Sala el artículo en mención resulta ajustado a Derecho por cuanto respecta a su contraste tanto (i) con las normas que en la Constitución Política y en la ley regulan la atribución de competencias para definir la estructura de las entidades de la Administración Pública en el orden nacional, como (ii) con las mencionadas disposiciones de la Ley 137 de 1994 que señalan los parámetros y los límites a los cuales deben ceñirse las decisiones adoptadas al amparo de los estados de excepción.

En cuanto tiene que ver con (i) las normas constitucionales y legales que regulan la atribución de competencias para definir la estructura de las entidades de la Administración Pública en el orden nacional, cabe señalar que la Constitución Política de 1991 estableció un sistema de competencias concurrentes y complementarias entre el Legislativo y el Ejecutivo de cara tanto a la determinación de la estructura de la Administración en el referido nivel, como con miras a la determinación de la organización y funcionamiento interno de cada entidad pública en particular, sistema en virtud del cual los parámetros generales para la adopción de tales decisiones, así como la estructura orgánica y de funciones generales de la Administración deben ser materia de regulación por parte del Legislador, mientras que el desarrollo específico de los mencionados extremos constituye asunto de competencia del Ejecutivo.

En el anterior orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150, numeral 7º de la Carta, corresponde al Congreso de la República la determinación de *"la estructura de la administración nacional"*, es decir, que él se ocupa de fijar lo que podría denominarse *"la parte estática"* del aparato administrativo estatal, razón ésta por la cual, en ejercicio de dicha función, puede *"crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional"*, competencia en cuya virtud le corresponde fijar los objetivos y las funciones generales que concernirá desplegar a cada una de las referidas entidades, así como la estructura orgánica de las mismas, en cada caso.

No obstante, por expresa disposición del Constituyente, al Presidente de la República, como "suprema autoridad administrativa", le fueron asignadas las funciones de "suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley" y de "modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley" —numerales 15 y 16 del artículo 189 constitucional—; la conjunción del aludido grupo de disposiciones constitucionales corrobora lo aseverado en el sentido de que las competencias en esta materia son concurrentes entre Legislador y Ejecutivo y que, finalmente, es este último el llamado constitucionalmente a definir la estructura interna y el cuadro de funciones específicas que serán asignadas a cada unidad administrativa al interior de las entidades públicas; así lo ha entendido, igualmente, la jurisprudencia constitucional:

"Por lo tanto, como se sostuvo en la sentencia C-044 de 2006:

"Se trata sin duda de atribuciones concurrentes, pero de distinto alcance. En efecto, de una primera lectura de los preceptos constitucionales antes mencionados, pareciera que ambos confieren la misma atribución —la de fusionar entidades u organismos del orden nacional— al Congreso y al Presidente de la República, por esa razón, para compaginar los contenidos normativos de las dos disposiciones la Corte Constitucional ha postulado la interpretación sistemática de las reglas constitucionales atinentes a la fijación de la estructura de la administración y a la creación, fusión y supresión de entidades contenidas tanto en el artículo 150 como en el 189 de la Constitución. En ese orden de ideas ha sostenido que mientras al Legislador asiste una competencia plena en esta materia (artículo 150-7), el Presidente de la República, respecto de las precisas materias señaladas en los numerales 15 (supresión y fusión de entidades administrativas del orden nacional) y 16 (modificación de la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales) del Artículo 189, ostenta una competencia sujeta a los condicionamientos que para tales efectos fije el Congreso"³⁴ (subrayas fuera del texto original).

En la misma línea argumentativa que se viene refiriendo, sostuvo lo siguiente el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional en punto del reparto de atribuciones que para la fijación de la estructura de la Administración Pública,

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2007; Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

en general y de cada entidad pública, en particular, efectuara el Constituyente en 1991:

“En sentencia C- 262 de 1995 de la que fue ponente quien también lo es en el caso presente, la Corte consignó su pensamiento sobre las competencias de regulación normativa que, en relación con la administración nacional, le corresponde desarrollar al Congreso de acuerdo a los numerales 15 y 16 del artículo 189, así como también, las diferenció claramente por su ámbito y alcance.

En la ocasión que se cita, la Corporación trató in extenso la temática en cuestión en el marco de la distribución de competencias que entre el legislativo y el ejecutivo, en materia de la administración nacional, plasmó el Constituyente de 1991.

Puesto que el análisis que en esa oportunidad efectuó, es enteramente aplicable al caso presente, resulta pertinente traer a colación sus más destacados apartes.

Dijo entonces la Corte:

“... En primer término cabe destacar que el artículo 189 de la Constitución remite de varios modos a la ley, para regular, a semejanza de lo dispuesto por los decretos 1050 y 3130 de 1968, las competencias específicas del ejecutivo nacional para reordenar y adecuar la estructura de la administración nacional como, por ejemplo, mediante la modificación de la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades y organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley, de una parte en los términos del numeral 16 del mismo, o de otra, mediante la supresión o fusión de entidades y organismos administrativos nacionales, de conformidad con lo que se advierte en el numeral 15, lo cual debe ser analizado con detenida atención para asegurar la cabal y correcta interpretación judicial.

En este sentido, también es preciso advertir que en el ámbito normativo de la nueva Carta Política, y dentro del nuevo esquema constitucional de distribución de competencias relacionadas con la administración pública, en el numeral 15 del mismo artículo 189 se establecen las nuevas atribuciones del Presidente de la República para crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, y para señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos, sin exceder el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales, lo cual por su parte, comporta el reconocimiento constitucional de una competencia administrativa del Ejecutivo, igualmente condicionada y sujeta a las definiciones normativas de la ley, que puede establecer no sólo principios y reglas generales para su definición, sino, también, imponer elementos específicos que la orienten y encaucen”³⁵.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-702 de 1999; Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Por lo demás, la Corte Constitucional ha insistido en la importancia de reconocer la flexibilidad de la función atribuida al Presidente de la República por el artículo 189-16 constitucional para establecer la estructura interna de las entidades públicas del orden nacional, como herramienta a través de la cual propender por la eficacia en el funcionamiento de los distintos órganos del Estado, así como por la satisfacción de los demás principios que informan el ejercicio de la función administrativa:

“Realizadas las anteriores precisiones se pasa a examinar los enunciados normativos demandados. Respecto al inciso segundo del párrafo primero, cuyo contenido normativo fue ya precisado, considera esta Corporación que no contraviene el texto constitucional por los cargos formulados en la demanda, pues no se refiere a la fusión por creación de entidades u organismos administrativos del orden nacional. Como antes se dijo esta disposición simplemente apunta a hacer efectivo diversos preceptos constitucionales, al radicar en el Presidente de la República el deber de armonizar la estructura de la entidad resultante de la fusión, para que ésta funcione de manera eficiente. Lo que cabría cuestionarse, entonces, es si este mandato de armonización infringe la Constitución por no estar expresamente señalado en el numeral 15 del artículo 189 constitucional. No obstante, a juicio de esta Corporación constituye una potestad que se deriva de la atribución de fusión de organismos y entidades nacionales, siempre y cuando se ejerza dentro de los límites legales y constitucionales, que no serían otros que los señalados en el numeral 16 del mismo artículo constitucional, ya que al realizar la armonización de la estructura de la entidad resultante de la fusión el Presidente estaría haciendo uso de su atribución constitucional de modificar la estructura de los organismos y entidades del orden nacional de conformidad con las reglas y principios que fije la ley.”

En efecto, si se acude a la interpretación gramatical, según el DRAE, una de las acepciones del verbo armonizar es “Poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen, dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin”. A su vez, armonía es definida, entre otros, con el siguiente significado: “Conveniente proporción y correspondencia de unas cosas con otras”. De acuerdo con las anteriores acepciones del lenguaje común, la facultad del Presidente de armonizar la estructura de la entidad u organismo resultante de la fusión consiste, entonces, en poner en conveniente correspondencia las distintas dependencias del organismo administrativo resultante de la fusión para que pueda desempeñar de manera eficiente las funciones a su cargo, en otras palabras adecuar la organización del ente producto de la fusión a las funciones que debe cumplir, para lo cual deberá en la mayoría de las oportunidades introducir las modificaciones indispensables para conseguir la correspondencia necesaria entre la estructura de la entidad y sus competencias.”

Se trata por lo tanto de una potestad reglada que debe ejercerse

de conformidad con las directrices y principios generales que establezca la ley marco prevista en el numeral 16 del artículo 189 constitucional, el cual como es sabido atribuye al Presidente la facultad de modificar la estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos del orden nacional de conformidad con los principios y reglas generales que señale la ley, lo cual además supone una previa participación del Poder Legislativo en el ejercicio de tal atribución armonizadora.

Adicionalmente la facultad de armonizar la estructura de la entidad u organismo resultante de la fusión persigue fines constitucionalmente legítimos, cual es procurar la realización del conjunto de principios teleológicos y organizaciones que rigen la función administrativa. A su vez, dichos principios no sólo operan con un fin constitucional de la armonización, sino de manera simultánea como un límite a su implementación, pues serían desproporcionadas todos los cambios introducidos en la organización del organismo producto de la fusión que no estuvieran dirigidos a conseguir tales propósitos”³⁶ (subrayas fuera del texto original).

Como corolario de los anotados postulados constitucionales, la Ley 489 de 1998 estableció las “normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”, así como “las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política” —según el propio título del citado cuerpo normativo—, normas entre las cuales las siguientes reflejan, ahora en el nivel legal, lo que se acaba de explicar en punto del reconocimiento de las facultades del Gobierno —Presidente de la República y Ministro(s) del ramo— para la fijación de la estructura de las entidades públicas del orden nacional:

“Artículo 54. Principios y reglas generales con sujeción a las cuales el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional. Con el, objeto de modificar, esto es, variar, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los siguientes principios y reglas generales:

(...)

j) Se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad, organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica” (énfasis añadido)..

“Artículo 59. Funciones. Corresponde a los ministerios y

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-044 de 2006; Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

(...)

7. Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas”.

“Artículo 61. Funciones de los ministros. Son funciones de los ministros, además de las que les señala la Constitución Política y las disposiciones legales especiales, las siguientes:

(...)

b) Participar en la orientación, coordinación y control de las superintendencias, entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta, adscritas o vinculadas a su despacho, conforme a las leyes y a los respectivos estatutos;

c) Dirigir y orientar la función de planeación del sector administrativo a su cargo”.

Todos los elementos tanto normativos como jurisprudenciales traídos a colación evidencian que el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1761 de 2009, ejerció facultades de las cuales constitucional y legalmente se encuentra investido, para introducir modificaciones en la estructura interna de las entidades públicas del orden nacional, en este caso, de la Superintendencia de Sociedades, mutaciones que, en el presente caso, sin lugar a la menor hesitación se encuentran directamente conectadas con los fines que a las actuaciones a cargo de la mencionada Superintendencia señalan sus normas orgánicas y estructurales, así como, especialmente, el Decreto Legislativo 4334 de 2008, mediante el cual se le atribuyen, al amparo del estado de emergencia económica, concretas y trascendentales funciones incardinadas dentro del paquete de medidas adoptadas por el Gobierno Nacional con el propósito de hacer frente a las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.

Adicionalmente, al adoptar la decisión consistente en modificar la estructura de la Superintendencia de Sociedades mediante el establecimiento de un fondo cuenta, de lo cual se ocupa el examinado inciso primero del artículo 1 del Decreto 1761 de 2009, intervinieron los Ministros que ejercen las tareas de coordinación del correspondiente sector administrativo y, por tanto, de articulación de las políticas y actividades de la referida Superintendencia con las políticas y programas del Gobierno Nacional, entre los cuales, sin duda, de capital importancia resultan las medidas encaminadas a enfrentar la situación que derivó

en la declaratoria del estado de emergencia económica de la cual se ocupó el Decreto 4333 de 2008.

Por otra parte, en lo atinente a la observancia, por parte del Decreto 1761 de 2009, de (ii) las disposiciones de la Ley 137 de 1994 que señalan los parámetros y los límites a los cuales deben ceñirse las decisiones adoptadas al amparo de los estados de excepción, en criterio de la Sala no se advierte que el acto administrativo examinado comprometa la vigencia del Estado de Derecho o el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos; lo decidido en el mencionado Decreto guarda relación con las finalidades perseguidas por el decreto legislativo que desarrolla —Decreto Legislativo 4334 de 2008— y aparece como una medida necesaria y proporcional para alcanzar los referidos propósitos; además, con tal determinación no se ha introducido discriminación alguna y tampoco se ha trasgredido una sola de las prohibiciones mencionadas en el artículo 15 de la Ley 137 de 1994.

En consecuencia, se trata de una decisión que, desde la perspectiva de los elementos de análisis de los cuales se ha ocupado la presente providencia, resulta ajustada a Derecho y así se declarará en la parte resolutive de la misma.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase ajustado a derecho el Decreto 1761 de 2009, por las razones examinadas en el presente pronunciamiento.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente
Ausente

VÍCTOR H. ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO F. BASTIDAS BÁRCENAS
Con aclaración de voto

MARTHA T. BRICEÑO DE VALENCIA
Con aclaración de voto

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Con aclaración de voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO
Con aclaración de voto

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
Ausente

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Ausente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Con aclaración de voto

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Con aclaración de voto

MAURICIO TORRES CUERVO

ALFONSO VARGAS RINCÓN
Ausente

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente

MERCEDES TOVAR DE HERRÁN
Secretaria General